

Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

Astrid Epiney und Beate Metz

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Beate Metz, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2009/2010, Bern 2010, S. 243-278. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	2
II.	Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen	5
1.	Anwendbarkeit des Abkommens	5
2.	Begründung eines Aufenthaltsrechts	9
3.	Abgeleitetes Aufenthaltsrecht: Familiennachzug	18
4.	Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	25
5.	Arbeitnehmerentsendung	
6.	Dienstleistungsfreiheit	27
7.	Diplomanerkennung	30
8.	Allgemeines Diskriminierungsverbot	32
III.	Schluss	34

I. Einleitung

Das sog. Personenfreizügigkeitsabkommen (FZA)¹ ist mittlerweile seit rund acht Jahren in Kraft, und am 8. Februar 2009 wurde in einem Referendum nicht nur der weiteren Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen Beitrittsländer der Europäischen Union, Bulgarien und Rumänien, sondern auch der Fortführung des Abkommens zugestimmt, und dies mit einer komfortablen Mehrheit von rund 60 %.² Insofern ist insgesamt davon auszugehen, dass das Personenfreizügigkeitsabkommen – und mit ihm die anderen sechs Abkommen der „Bilateralen I“³ – auf eine grosse Akzeptanz in der Bevölkerung stösst (ganz abgesehen davon, dass es auch für die Wirtschaft von zentraler Bedeutung ist), so dass von einer Weiterführung des Abkommens⁴ auszugehen ist, woran auch die in regelmässigen Abständen aus politischer Sicht vorgebrachten Einwände gegen das Abkommen nichts ändern.⁵

Das Abkommen ist auch von grosser praktischer (und wirtschaftlicher) Bedeutung, da die Wanderungsbewegungen zwischen der Schweiz und der EU und umgekehrt beträchtlich zunahmen, wobei insbesondere die Zuwanderung gut und hoch qualifizierter Personen aus der EU in die Schweiz zu erwähnen

¹ Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BBl 1999, 7027 ff., SR 0.142.112.681, seit dem 1. Juni 2002 in Kraft.

² Die Ausdehnung des Abkommens auf Bulgarien und Rumänien sowie die Entscheidung über die Weiterführung des Abkommens (anlässlich der Genehmigung des FZA durch das Parlament 1999 war beschlossen worden, die Weiterführung nach sieben Jahren dem fakultativen Referendum zu unterstellen) fielen zeitlich zusammen, und das Parlament beschloss, beide Vorlagen zusammen dem fakultativen Referendum zu unterstellen, eine nicht unumstrittene Entscheidung. Vgl. hierzu *Dieter Freiburghaus*, Die Europapolitik im Jahre 2009: Erwacht die Europadebatte aus ihrem Dornröschenschlaf?, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, im Erscheinen.

³ Die folgende Bereiche betreffen: Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen betreffen. Für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABl. 2002 L 114, 1 ff.

⁴ Ggf. auch nach einer erneuten Erweiterung der EU, die eine Anpassung des Abkommens notwendig machte, so dass wiederum ein fakultatives Referendum zu Zuge käme.

⁵ Vgl. z.B. die Motion von *Jean-François Rime*, der eine Neuverhandlung des Abkommens verlangt, da dieses zu einer Aushöhlung der schweizerischen Sozialwerke führe, vgl. NZZ vom 8.6.2010, eine Forderung, die vor dem Hintergrund der politischen Situation und der diesbezüglichen Haltung der EU realitätsfremd sein dürfte.

ist.⁶ Insofern überrascht es nicht, dass die schweizerische Rechtsprechung⁷ immer häufiger mit der Auslegung des Abkommens befasst ist, die mitunter auch grundsätzliche Fragen betreffen und im Übrigen die fortbestehenden Unsicherheiten bezüglich der Auslegung des Abkommens illustrieren.

Die Zielsetzung dieses Beitrags geht – anknüpfend an die diejenigen in den Jahrbüchern für Migrationsrecht 2004/2005⁸ und 2007/2008⁹ – vor diesem Hintergrund dahin, einen Überblick über die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen¹⁰ von Mitte 2008 bis Mitte 2010 zu geben und die Urteile ggf. einer kurzen Würdigung zu unterziehen. Der Ak-

⁶ Vgl. die Zahlen bei *Freiburghaus*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010 (Fn. 2).

⁷ Inzwischen sind auch drei Urteile des EuGH zum Personenfreizügigkeitsabkommen ergangen, vgl. EuGH, Rs. C-13/08 (Stamm und Hauser), Urt. v. 22.12.2008; EuGH, Rs. C-351/08 (Grimme), Urt. v. 12.11.2009, EWS 2009, 518; s. letztlich ähnlich EuGH, Rs. C-541/08 (Fokus Invest), Urt. v. 11.2.2010. Im erstgenannten Urteil ging es um die Frage, ob das Diskriminierungsverbot des Art. 15 Anhang I FZA auch für selbständige Grenzgänger gilt (was der EuGH bejahte), in den beiden letzten Urteilen stand die Eröffnung des Schutzbereichs der im Abkommen gewährleisteten Niederlassungsfreiheit auch für juristische Personen zur Debatte (was vom EuGH verneint wurde). In diesen Urteilen ging es damit eher um Einzelfragen der rechtlichen Tragweite bestimmter Artikel, denn um grundsätzliche Fragen der Auslegung des Abkommens, woran auch die grundsätzlichen Ausführungen des Gerichtshofs zur Auslegung des Abkommens nichts ändern, so dass diese letztlich nicht im Sinne einer Absage des EuGH an einen Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens im Verhältnis zum Unionsrecht (soweit das Abkommen auf Begriffe und Konzepte des Unionsrechts zurückgreift) auszulegen sind. Vgl. hierzu ausführlich *Christa Tobler*, Die EuGH-Entscheidung *Grimme* – Die Wiederkehr von *Polydor* und die Grenze des bilateralen Rechts, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, im Erscheinen. Vgl. aber auch die etwas andere Akzentsetzung bei *Laura Melusine Baudenbacher*, Das Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz ist doch kein Integrationsvertrag, ELR 2010, 34 ff. S. aber auch GA *Niilo Jääskinen*, Schlussanträge zur Rs. C-70/09 (Hengartner), Rn. 48 ff., der ohne nähere Begründung einer parallelen Auslegung von dem Unionsrecht entsprechenden Abkommensbestimmungen offenbar sehr skeptisch gegenübersteht.

⁸ *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 ff.

⁹ *Astrid Epiney/Tamara Civitella*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 2008, 227 ff.

¹⁰ Hingegen bleibt die Rechtsprechung zu sonstigen migrationsrechtlichen Fragen ausgeklammert. Vgl. hierzu den Überblick bei *Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen/Stefanie Tamara Kurt*, Chronique de jurisprudence relative au droit des migrations, AJP 2010, 635 ff.

zent liegt dabei auf der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wobei ergänzend aber auch u.E. besonders beachtenswerte Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und kantonaler Gerichte berücksichtigt werden. Thematisch bleiben Aspekte der sozialen Sicherheit allerdings ausgeblendet.¹¹ Aber auch darüber hinaus wird keine Vollständigkeit angestrebt, sondern der Beitrag konzentriert sich auf ausgewählte Entscheidungen, die neue Rechtsprechungstendenzen bzw. die Konsolidierung alter Rechtsprechung aufzeigen, und zahlreiche Urteile können lediglich in den Fussnoten erwähnt werden.

Damit geht es im Folgenden gerade nicht darum, einen Überblick über die rechtliche Tragweite des Freizügigkeitsabkommens zu geben¹² (dessen Kenntnis vielmehr Grundlage für die hier erörterte Rechtsprechung sein dürfte); ebensowenig soll die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit – die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommen von (grosser) Bedeutung ist bzw. sein kann – thematisiert werden.¹³ Schliesslich wird im Sinne der Anlage des Beitrags, einen Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu leisten, auf weitere Literaturhinweise weitgehend verzichtet.

¹¹ Zur Rechtsprechung in diesem Bereich ausführlich *Silvia Bucher*, Das FZA und Anhang K des EFTA-Übereinkommens in der sozialrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts (1. Teil), in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, 387 ff., sowie den 2. Teil, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, im Erscheinen. S. auch den Überblick bei *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Droit européen : Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2009, 499 (531 ff.).

¹² Vgl. zum Freizügigkeitsabkommen schon die Nachweise bei *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), bei Fn. 5, sowie, jeweils m.w.N. *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und FZA Schweiz-EG: zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, 2009; *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010; *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010.

¹³ Zu dieser die jährlichen Rechtsprechungsübersichten über die Judikatur des EuGH sowie die Bedeutung der einzelnen Urteile für Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht. S. zuletzt *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, im Erscheinen.

II. Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen

1. Anwendungsbereich des Abkommens

a) *Definition des freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmers im Sinne des FZA*

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich setzte sich am 29. April 2009¹⁴ mit der Stipendienberechtigung eines EU-Bürgers auseinander, der in der Schweiz lebte und als angestellter Verkäufer erst in Vollzeit und nach Beginn einer Ausbildung zum Pflegefachmann in Teilzeit gearbeitet hatte. Um zu klären, ob sich ein Anspruch aus dem freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA) bzw. aus dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 9 Anhang I FZA) ableiten lässt,¹⁵ prüfte das Gericht zunächst die Anwendbarkeit des FZA, die das Gericht an den Begriff des freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmers knüpfte.¹⁶ Hierfür verwies es auf das Unionsrecht und die ständige Rechtsprechung des EuGH.¹⁷ Danach sei wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen für eine Gegenleistung erbringen müsse.¹⁸ Weiter verwies das Gericht auf das Urteil *Lair*¹⁹, wonach, selbst wenn das zur Freizügigkeit berechtigende Arbeitsverhältnis nicht fortbesteht, die Arbeitnehmereigenschaft aus diesem abgeleitet werden könne, wenn eine Kontinuität zwischen der (ehemaligen) Berufstätigkeit und der anschliessenden Berufsausbildung gewahrt sei.

¹⁴ VG des Kanton Zürichs, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009.

¹⁵ Der Anspruch auf ein Stipendium war von der zuständigen Behörde abgelehnt worden, da der Beschwerdeführer nicht das für Ausländer geltende gesetzliche Erfordernis eines fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalts in der Schweiz erfülle.

¹⁶ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 3.1.

¹⁷ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 3.1 mit Verweis auf BGE 130 II 388, Erw. 3.6.1 f.

¹⁸ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 3.3 mit Verweisen auf EuGH, Rs. C-3/90 (Bernini), Slg. 1992, I-1071, Rn. 14 ff; EuGH, Rs. 357/89 (Raulin), Slg. 1992, I-1027, Rn. 16 f.; EuGH, Rs. 197/86 (Brown), Slg. 1988, 3205, Rn. 21; EuGH, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), Slg. 1986, 2121, Rn. 15. Auch weitere Urteile des EuGH könnten insoweit „beschränkt“ herangezogen werden, als sie die Begriffe des Arbeitnehmers und der Erwerbstätigkeit präzisieren. S. in diesem Zusammenhang insbesondere EuGH, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), Slg. 2003, I-13187 (Begründung der Arbeitnehmereigenschaft auch bei Beschäftigungsverhältnissen von kurzer Dauer).

¹⁹ EuGH, Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161.

Allerdings hielt das Gericht das Urteil *Lair* im vorliegenden Fall nicht für einschlägig, da es den Zusammenhang zwischen einer Berufstätigkeit als Verkäufer und einer Ausbildung zum Pflegefachmann FH für nicht gegeben hielt; vor diesem Hintergrund liess es die Frage offen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine Stipendienberechtigung aus Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA oder (auch) aus Art. 9 Abs. 3 Anhang I FZA ergibt.²⁰ Weiter lasse sich die erforderliche Arbeitnehmereigenschaft auch nicht aus einer Praktikantenstellung im Rahmen einer Berufsausbildung zum Pflegefachmann ableiten: Die den Anknüpfungspunkt bildende Berufstätigkeit müsse der Ausbildung in zeitlicher Hinsicht vorgelagert sein, nicht während der Ausbildungszeit verrichtet werden und nicht aufs Engste mit dieser verbunden sein.²¹ Daneben sei eine Praktikantentätigkeit im Rahmen einer Ausbildung nicht als tatsächliche und wirtschaftliche Leistung anzusehen.²² Die im vorliegenden Fall zu beurteilenden Praktika erfüllten vorwiegend Ausbildungsziele, woraus sich schliessen lasse, dass der Lohn an den Praktikanten grösstenteils bildungspolitisch motiviert sei und jedenfalls nicht hauptsächlich als Entschädigung für geleistete Arbeit diene.²³

Mangels Arbeitnehmereigenschaft des Beschwerdeführers wurde die Beschwerde damit abgewiesen; auf Art. 2 FZA ging das Gericht nicht ein.

Auf den ersten Blick drängt sich bei der Lektüre des Urteils der Eindruck auf, das Verwaltungsgericht habe die ihm gestellte Frage unter Rückgriff und auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH beantwortet: Einschlägige Urteile werden zitiert und anschliessend werden daraus Rückschlüsse auf die zu entscheidenden Rechtsfragen gezogen, ohne dass das Gericht Abweichungen von der Rechtsprechung des Gerichtshofs erwähnt. Eine genauere Analyse sowohl des Urteils des Verwaltungsgerichts als auch der Rechtsprechung des EuGH zeigt aber, dass das Urteil in verschiedener Hinsicht von der Rechtsprechung des Gerichtshofs abweicht und auch darüber hinaus noch Fragen hinsichtlich der (auch noch) heranzuziehenden Rechtsprechung des EuGH aufwirft:

- Zunächst ist bemerkenswert, dass das Gericht die Frage, ob die Arbeitnehmereigenschaft des Beschwerdeführers nicht schon deshalb (fort-)besteht, weil er nach wie vor – wenn auch nur in Teilzeitanstellung – als Verkäufer tätig ist, nicht wirklich problematisiert. Dabei spricht vor dem Hintergrund der (auch vom Gericht zitierten) Rechtsprechung des EuGH alles dafür, dass die Teilzeitanstellung des Beschwerdeführers (eine Tätigkeit jeweils samstags und in den, doch beachtlich langen

²⁰ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 4.1.2.

²¹ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 5.

²² VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 6.

²³ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 6.3.

Semesterferien) für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft ausreicht. Sobald die Arbeitnehmereigenschaft einer Person aber gegeben ist, kommt es – was das Gericht verkennt²⁴ – nicht darauf an, ob die betreffende Tätigkeit in einem Zusammenhang mit der in Angriff genommenen Ausbildung steht, bezieht sich die entsprechende Passage des Urteils *Lair* doch auf Personen, die gerade nicht mehr als Arbeitnehmer tätig sind. Arbeitnehmer hingegen werden nach Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA umfassend hinsichtlich der steuerlichen und sozialen Vergünstigungen den Inländern gleichgestellt, ohne dass irgendwie geartete Zusammenhänge zwischen der Arbeitstätigkeit und der entsprechenden Vergünstigung bestehen müssen.

- Weiter findet der Ansatz des Gerichts, bezahlte Praktika (immerhin ging es hier um Entschädigungen in der Höhe von 2'000-2'500 CHF) könnten schon deshalb die Arbeitnehmereigenschaft nicht begründen, weil die Praktika vorwiegend Ausbildungszwecken dienen, so dass der Lohn „bildungspolitisch motiviert“ sei und nicht „hauptsächlich der Entschädigung für geleistete Arbeit“ dient, keinerlei Stütze in der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, im Gegenteil: Dieser geht in den auch vom Verwaltungsgericht Zürich zitierten Urteilen davon aus, dass im Rahmen von Ausbildungen geleistete, entlohnte Praktika²⁵ die Arbeitnehmerstellung der Betroffenen begründen.²⁶ Auf die „hauptsächliche Motivation“ des Lohnes kommt es nach der Rechtsprechung gerade nicht an. Ebenfalls nicht der Rechtsprechung des Gerichtshofs entspricht es, wenn das Verwaltungsgericht behauptet, die Praktikantentätigkeit stelle keine „echte und tatsächliche (wirtschaftliche)“ Leistung²⁷ dar. Der Ansatz des Verwaltungsgerichts führte denn auch dazu, dass entlohnte Praktika grundsätzlich die Arbeitnehmereigenschaft nicht zu begründen vermögen, da sie *per definitionem* Ausbildungszwecken dienen.

Da die Arbeitnehmereigenschaft des Beschwerdeführers im Ausgangsfall vor diesem Hintergrund zu bejahen gewesen wäre, hätte sich das Gericht (wenn die Arbeitnehmereigenschaft nicht schon aufgrund der Tätigkeit als Verkäufer zu bejahen gewesen wäre, was nach der hier vertretenen Ansicht zwingend gewesen wäre) an sich mit der interessanten und,

²⁴ Vgl. VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 4.2, wo dieser Aspekt kurz erwähnt wird.

²⁵ Jedenfalls solange der Lohn nicht völlig symbolisch ist, was bei 2'000-2'500 CHF wohl nicht behauptet werden kann.

²⁶ S. schon EuGH, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), Slg. 1986, 2121; s. in Bezug auf ein Berufspraktikum als Krankenpflegerin EuGH, Rs. C-10/05 (Mattern), Slg. 2006, I-3145.

²⁷ VG des Kantons Zürich, VB.2009.00025, Urt. v. 29.4.2009, Erw. 7.

soweit ersichtlich, vom EuGH noch nicht entschieden. Frage auseinandersetzen müssen, ob ein Anspruch auf soziale Vergünstigungen im Sinne des Art. 9 Abs. 2 FZA bzw. der entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmung auch dann besteht, wenn die Arbeitnehmereigenschaft durch eine Tätigkeit, die integraler Bestandteil einer Ausbildung ist, begründet wird. Vieles spricht dafür, dass diese Frage zu bejahen wäre, sind doch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs keinerlei „Abstufungen“ hinsichtlich verschiedener Kategorien von Arbeitnehmern erkennbar.

Zu der Frage, ob eine kantonale Regelung, die eine bestimmte Mindestdauer des Aufenthalts vorsieht²⁸, als Verstoß gegen das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot angesehen werden kann, äusserte sich das Gericht nicht mehr, da es den Anwendungsbereich des FZA als nicht eröffnet ansah. Hätte das Gericht jedoch (nach der hier vertretenen Ansicht zutreffenderweise) den Anwendungsbereich als eröffnet angesehen, hätte aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH im Fall *Lair* diese Voraussetzung als Verstoß gegen das FZA angesehen werden müssen, da der EuGH eine Mindestdauer einer ausgeübten Berufstätigkeit als Voraussetzung zumindest für die Gewährung sozialer Vergünstigungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68²⁹ ablehnt.³⁰

- Schliesslich ist bemerkenswert, dass das Verwaltungsgericht nicht auf die Frage eingeht, ob Art. 2 FZA in Verbindung mit dem jedenfalls ursprünglich bestehenden Recht auf Aufenthalt des Beschwerdeführers im vorliegenden Fall hätte zum Zuge kommen müssen: Denn der Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass sich ein Studierender auf Art. 18 AEUV (Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, dem Art. 2 FZA nachgebildet ist) berufen könne, wenn er sich zu Studienzwecken in einen anderen Mitgliedstaat begibt, da er auf diese Weise von seinem Freizügigkeitsrecht als Unionsbürger Gebrauch macht.³¹ Auch wenn diese Rechtsprechung nach der Unterzeichnung des FZA ergangen ist und dieses auch das Konzept der Unionsbürgerschaft nicht übernommen hat, hätte sich doch die Frage aufgedrängt, ob Art. 2 FZA nicht deshalb heranzuziehen gewesen wäre, weil der Beschwerdeführer über ein Aufenthaltsrecht aufgrund des

²⁸ Das kantonale Bildungsgesetz schreibt als Anspruchsvoraussetzung für ein Stipendium eine fünfjährige Mindestaufenthaltsdauer für Ausländer vor.

²⁹ ABl. 1968 L 257, 2; Art. 7 VO 1612/68 ist im Wesentlichen Art. 9 Anhang I FZA nachgebildet.

³⁰ EuGH, Rs. 39/86 (*Lair*), Slg. 1988, 3161, Rn. 40 ff.

³¹ EuGH, Rs. C-158/07 (*Förster*), Slg. 2008, I-8507; s. auch schon EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2057.

Abkommens verfügte.³² Im Übrigen käme Art. 24 Abs. 4 S. 2 Anhang I FZA, wonach das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“ regelt, in einer Konstellation, in der Studierende aufgrund einer anderen Bestimmung des Abkommens (etwa als Arbeitnehmer oder als Familienangehörige eines Arbeitnehmers) über ein Aufenthaltsrecht verfügen, nicht zum Zuge, da diese Bestimmung ausdrücklich auf die unter diesen Artikel fallenden Studierenden (die also allein wegen des Studiums aufenthaltsberechtigt sind) beschränkt ist.

Insgesamt vermag das Urteil damit weder in der Begründung noch im Ergebnis zu überzeugen, wobei insbesondere bemerkenswert ist, dass das Gericht deklariert, die unionsrechtlichen Grundsätze in ihrer Auslegung durch die (vor Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangene) Rechtsprechung des EuGH anwenden zu wollen, letztlich aber in weiten Teilen des Urteils mit eben dieser Rechtsprechung in Widerspruch stehende Schlüsse zieht.

b) Geltung für Bürger der neuen Mitgliedstaaten

In einem Urteil vom 27. Januar 2009³³ äusserte sich das Bundesgericht zur Geltung des FZA für Bürger aus den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU), die seit dem 1. April 2004 zur EU gehören.³⁴ In der Sache ging es um ein Strafverfahren gegen einen deutschen Staatsbürger, der in seinem Nachtlokal mehrere Ausländerinnen ohne Arbeitsbewilligung beschäftigt hatte. Das Bundesgericht entschied, dass die Beschäftigung und Beherbergung ohne Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung nicht erlaubt sei und deren Untersagung nicht gegen das FZA verstosse. Knapp führte es mit Verweis auf die staatsvertraglichen Bestimmungen des FZA³⁵ und die konkretisierende bundesrätliche Verord-

³² Vgl. zu Fragen des Hochschulzugangs und von Studienbeihilfen sowie der grundsätzlichen Übertragbarkeit der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna-Joss/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 73 (74 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Astrid Epiney/Tamara Civitella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008, 2008, 55 (58 ff.); *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, 53 (56 ff.).

³³ BG, 6B_884/2008, Urt. v. 27.1.2009.

³⁴ Konkret ging es um Bürger aus Tschechien, der Slowakei und Polen.

³⁵ Vgl. Art. 10 Ziff. 1a FZA.

nung³⁶ weiter aus, dass trotz der Ausdehnung des FZA auf die neuen Mitgliedstaaten zeitlich begrenzte Übergangsbestimmungen³⁷ gelten und eine Zulassung während der Übergangsfrist davon abhängig gemacht werden dürfe, dass den in der Schweiz in den regulären Arbeitsmarkt integrierten Arbeitnehmern Vorrang gewährt werde und übliche Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.³⁸

c) *Anwendungsbereich der Regeln über den Familiennachzug bei einem Schweizer Doppelbürger*

Am 24. März 2009³⁹ stellte das Bundesgericht klar, dass die Familiennachzugsbestimmungen nach Art. 3 Anhang I FZA auch auf Personen anzuwenden seien, die neben der schweizerischen über die Staatsangehörigkeit einer anderen Vertragspartei verfügen. Im besagten Fall berief sich die türkische Beschwerdeführerin auf die italienisch-schweizerische Doppelbürgerschaft ihres Schwiegersohns. Das Bundesgericht bestätigte, dass die Staatsangehörigkeit eines anderen Vertragsstaates ausreichend sei. Es sei nicht Sache der Vertragsstaaten, die Wirkung der Verleihung der Staatsangehörigkeit durch einen anderen Staat zu beschränken, indem ein zusätzliches Erfordernis (Fehlen der Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates) eingeführt werde.⁴⁰

Die vom Bundesgericht schon in früheren Urteilen erklärte Anwendung des FZA auf Schweizer Doppelbürger, allerdings im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, wurde demnach bestätigt und auf den Familiennachzug ausgeweitet.⁴¹ Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht damit die weite Auslegung des für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Unionsrechts notwendigen grenzüberschreitenden Bezugs durch den EuGH – wobei massgebliche Urteile nach der Unterzeichnung des FZA anzusiedeln sind – für das

³⁶ Vgl. bundesrätliche Verordnung v. 22.5.2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation, SR 142.203.

³⁷ Vgl. Art. 10 Ziff. 1a FZA.

³⁸ BG, 6B_884/2008, Urt. v. 27.1.2009, Erw. 3.1. S. insoweit auch schon BGE 134 IV 57, Erw. 4. S. in Bezug auf die Übergangsbestimmungen auch BG, 2C_217/2009, Urt. v. 11.9.2009. S. in diesem Zusammenhang auch BG, 2C_617/2008, Urt. v. 10.11.2008, wo das Bundesgericht festhält, dass das FZA nicht auf Bürger aus dem Kosovo anwendbar sei.

³⁹ BGE 135 II 369.

⁴⁰ BGE 135 II 369, Erw. 2.3.1, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003 I-11613, Rn. 28.

⁴¹ BG, 2C_375/2007, Urt. v. 8.11.2007 und 2C_625/2007, Urt. v. 2.4.2008, siehe dazu ausführlich *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (231 f.).

FZA übernimmt. Damit ist davon auszugehen, dass es für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs auch im Rahmen des FZA ausreicht, wenn irgendein Element des Ausgangssachverhalts einen Bezug zu einer anderen Vertragspartei aufweist, so etwa – wie im vorliegenden Ausgangsfall – (allein) die Staatsangehörigkeit (auch) eines anderen Vertragsstaats⁴², bei gelegentlichen Reisen im Rahmen einer unternehmerischen Tätigkeit in andere Mitgliedstaaten⁴³ oder beim Umzug der ehemaligen Ehefrau eines Steuerpflichtigen, der eine steuerliche Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit geltend macht.⁴⁴ Mitunter verzichtet der Gerichtshof auch auf eine eigentliche Prüfung eines grenzüberschreitenden Bezugs.⁴⁵

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht in diesem Urteil zudem Aussagen über den Zeitpunkt, zu dem eine Unterhaltsgewährung für nachziehende Familienangehörige vorliegen muss, machte. Dabei wurde ein Rückgriff auf das EuGH-Urteil *Jia*⁴⁶ – wonach der Unterhaltsbedarf bereits im Herkunftsland bestanden haben müsse – abgelehnt, dies jedoch weniger, weil dieses Urteil grundsätzlich nicht relevant sein soll, sondern weil sich die türkische Beschwerdeführerin (das nachziehende Familienmitglied) im vom Bundesgericht zu beurteilenden Falle bereits vor Geltendmachung des Nachzugsanspruchs mehrere Jahre rechtmässig in der Schweiz aufgehalten hatte, wo sie von ihrem Angehörigen Unterstützung erhielt, so dass sich der Ausgangssachverhalt von demjenigen im Urteil *Jia* unterschied. Der Unterhaltsbedarf und die Unterstützung durch den aufenthaltsberechtigten Unionsangehörigen richten sich in einem solchen Fall nach Ansicht des Bundesgerichts zwangsläufig nach den aktuellen Verhältnissen in der Schweiz; es widerspreche dem Sinn der Familienzusammenführung, wenn diese durch Ausreise zunächst rückgängig gemacht werden müsse, um den Anspruch auf Familiennachzug zu begründen.⁴⁷

d) *Inländerdiskriminierung*

Wie zu erwarten war, musste sich das Bundesgericht Anfang des Jahres 2010⁴⁸ mit der Problematik auseinandersetzen, welchen Einfluss die geänder-

⁴² EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11 613; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925. S. auch EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), Slg. 2007, I-181, wo es ausreichte, dass ein im Inland tätiger Arbeitsvermittler einem im Inland ansässigen Arbeitssuchenden eine Stelle im Ausland vermittelt.

⁴³ EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 29f.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421.

⁴⁵ So in EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139. Vgl. in diesem Zusammenhang die überzeugende Analyse der jüngeren Rechtsprechung bei *Andreas Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, 107 ff.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-1/05 (Jia), Slg. 2007 I-1.

⁴⁷ BGE 135 II 369, Erw. 3.2.

⁴⁸ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010; s. auch BG, 2C_624/2009, Urt. v. 5.2.2010, BG, 2C_635/2009, Urt. v. 26.3.2010.

te Rechtsprechung zum Familiennachzug⁴⁹ auf die sog. Inländerdiskriminierung⁵⁰ bzw. die mit dieser im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen entfaltet. Schon in früheren Entscheidungen hatte das Gericht festgestellt, dass Schweizer in Bezug auf das Familiennachzugsrecht schlechter gestellt seien als EU-Ausländer.⁵¹ Im vorliegenden Fall hatte ein ursprünglich aus Serbien stammender, mit einer Schweizerin verheirateter und daraufhin eingebürgerter Schweizer erfolglos ein Gesuch auf Einreisebewilligung seiner Kinder aus erster Ehe gestellt. Das Bundesgericht wies die Beschwerde gegen das ablehnende Gesuch ab.

Trotz des neuen schweizerischen Ausländerrechts⁵², welches die Inländerdiskriminierung vermeiden wolle (vgl. Art. 42 Abs. 2 AuG), könne die neue Rechtsprechung, die das Recht auf Familiennachzug nicht mehr von einem vorherigen rechtmässigen Aufenthalt der nachzuziehenden Person abhängig mache, nicht auf Schweizer übertragen werden, soweit diese nicht selber von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Eine Ungleichbehandlung sei dem Umstand geschuldet, dass dem neuen Ausländergesetz noch die Rechtslage zugrunde liege, wie sie sich aus dem Entscheid *Akrich*⁵³ des EuGH ergeben habe, der noch auf einen vorherigen rechtmässigen Aufenthalt der nachzuziehenden Person abgestellt habe.⁵⁴ Die somit entstandene Inländerdiskriminierung könne das durch die BV⁵⁵ und EMRK⁵⁶ garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens beschränken, soweit diese Beschränkung zu Rechtsungleichheiten führe, die weder verhältnismässig seien noch einem schutzwürdigen Zweck dienen (vgl. insbesondere Art. 8, 14 EMRK). Zwar zweifelte das Bundesgericht an der Zweck- und Verhältnismässigkeit.⁵⁷ Die Gewaltenteilung gebiete es aber, den Gesetzgeber darüber befinden zu lassen, unter welchen Umständen und aus welchen Gründen er allenfalls eine Gleichbehandlung von Schweizer- und EU/EFTA-Bürgern unter dem neuen Recht

⁴⁹ Im Entscheid vom 29.9.2009 wollte das Bundesgericht wegen fehlender Entscheidungsrelevanz zur Inländerdiskriminierung noch nicht Stellung beziehen, BG, 2C_196/2008, Urt. v. 29.9.2009, Erw. 3.6.1 (BGE 136 II 5).

⁵⁰ S. zur Problematik schon *Epiney*, Jahrbuch für Migration 2004/2005 (Fn. 8), 141 (149 f.).

⁵¹ BGE 129 II 249, BG, 2A.246/2002, Urt. v. 17.1.2003; kritisch hierzu etwa *Marc Spescha*, Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht?, AJP/PJA 2008, 1432 (1436 f.); *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 8), 141 (149 f.).

⁵² Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

⁵³ EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607.

⁵⁴ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010, Erw. 3.3.1.

⁵⁵ Bundesverfassung, SR 101.

⁵⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

⁵⁷ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010, Erw. 3.4.1.

hinnehmen wolle.⁵⁸ Das Bundesgericht könne weder im Rahmen einer abstrakten noch im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle die Anwendung eines Bundesgesetzes und des Völkerrechts versagen, wobei es sich hierbei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot handele.⁵⁹ Es könne dahingestellt bleiben, ob das AuG künftig allenfalls in teleologischer Auslegung wortlautwidrig im Sinne der FZA-Regelung verstanden werden müsse.⁶⁰ Das Gericht fügte seinem Entscheid die Warnung bei, falls der Gesetzgeber sich dem Problem der Ungleichbehandlung nicht in absehbarer Zeit annehme, könnte das Gericht im Rahmen von Art. 109 BV allenfalls gestützt auf Art. 14 EMRK und den Vorrang des Völkerrechts gehalten sein, über den Appellentscheid hinaus eine Konventionswidrigkeit im Einzelfall selber zu korrigieren.⁶¹

Das Urteil überrascht: Das Bundesgericht ist offenbar der Auffassung, die vorliegende Inländerdiskriminierung verstosse gegen Art. 8, 14 EMRK. Gleichwohl beantwortet es aber die sich aus dieser Feststellung zwingend ergebende Frage, ob die entsprechende gesetzliche Regelung im Anschluss an diese Feststellung aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts im Allgemeinen und der EMRK im Besonderen nicht ausser Anwendung zu lassen ist, nicht. Vielmehr verweist es, unter Rückgriff auf allgemeine Erwägungen der Gewaltenteilung, auf die Rolle des Gesetzgebers, dies nicht ohne die „Drohung“, im Falle des Untätigbleibens werde man dann ggf. im Einzelfall doch eingreifen, um die Konventionswidrigkeit zu korrigieren. Diese Argumentation überzeugt nicht wirklich: Das Bundesgericht ist als dritte Gewalt dazu aufgerufen, das geltende Recht anzuwenden. Dieses umfasst auch die EMRK, woran auch der Umstand nichts ändert, dass im konkreten Fall ein Konflikt zwischen EMRK und einem Bundesgesetz besteht. Das Bundesgericht hätte sich daher mit der Frage der vorrangig anwendbaren Norm auseinandersetzen und diese anwenden müssen. Insofern ist der Verweis auf die Rolle des Gesetzgebers letztlich irreführend, entbindet diese Rolle das Bundesgericht doch nicht davon, das geltende Recht anzuwenden und ggf. auch Rangfragen zu entscheiden. Letztlich führt der Ansatz des Bundesgerichts dazu, dass der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts im Allgemeinen und der EMRK im Be-

⁵⁸ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010, Erw. 3.5.2.

⁵⁹ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010, Erw. 3.5.1. S. insoweit auch BG, 2C_624/2009, Urt. v. 5.2.2010, Erw. 3.3.: „Das Bundesgericht kann den Gesetzgeber lediglich einladen, die umstrittene Regelung zu überdenken.“

⁶⁰ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010, Erw. 3.5.3, mit Verweis auf die Ansichten von *Spescha*, AJP/PJA 2008 (Fn. 51), 1432 (1436 f.); *Marc Spescha*, Erweiterte Familiennachzugsrechte für EU-BürgerInnen: Metock-Rechtsprechung des EuGH gilt auch im Geltungsbereich des FZA, AJP/PJA 2010, 102 (105); Matthias Oesch, Inländerdiskriminierung, ZBJV 2009, 787 ff.

⁶¹ BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010, Erw. 3.5.3 mit Verweis auf BGE 133 V 367, Erw. 11.

sonderen ausgehöhlt werden könnte, ist die Argumentation, wonach des Sache des Gesetzgebers sei, die Konventionswidrigkeit zu beheben, doch letztlich in allen Konstellationen einschlägig. Ob das Gericht mit diesem Ansatz seiner Rolle als judikative Gewalt wirklich nachkommt, darf vor diesem Hintergrund bezweifelt werden.

2. Begründung eines Aufenthaltsrechts

a) *Deklaratorische Bedeutung der Aufenthaltsbewilligung*

In einem Entscheid vom 15. Dezember 2009⁶² überprüfte das Bundesgericht die Ausschaffungshaft eines aus der Türkei stammenden Beschwerdeführers. Es betonte – im Einklang mit der allerdings nicht zitierten Rechtsprechung des EuGH⁶³ – bei der Prüfung der Voraussetzungen für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, dass dieses nicht erst durch Erteilung der Bewilligung, sondern bereits aufgrund der Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen entstehe.⁶⁴ Eingehender äusserte sich das Bundesgericht in einem Entscheid vom 26. April 2010⁶⁵ zum deklaratorischen Charakter der Aufenthaltsbewilligung,⁶⁶ dies auch unter Berücksichtigung der Frage, welche formellen Anforderungen bei der Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung nach dem FZA zulässig sind. In dem dem Urteil zugrunde liegenden Ausgangssachverhalt war der (deutsche) Beschwerdeführer der Ansicht, der „automatische“ Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung und die seiner Angehörigen aus dem FZA schliesse verfahrensrechtliche Mitwirkungspflichten aus. Daher verweigerte er die Vorlage einer sog. Verfallsanzeige und bezeichnete sie als „inquisitorisches Ausfragen“. Das Gericht folgte dem

⁶² BG, 2C_756/2009, Urt. v. 15.12.2009.

⁶³ EuGH, Rs. C-363/89 (Roux), Slg. 1991, I-273; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Slg. 1997, I-1035.

⁶⁴ BG, 2C_756/2009, Urt. v. 15.12.2009, Erw. 3.3.1. Das Gericht nahm Bezug auf ein Urteil vom 13. Februar 2009 (BG, 2C_35/2009, Urt. v. 13.2.2009). Darin wurde der rechtmässige Aufenthaltstitel in der Schweiz oder einem anderen Vertragsstaat noch (eine Voraussetzung, die inzwischen aufgegeben wurde, vgl. hierzu noch unten 3.a) als Voraussetzung für ein aus dem FZA abgeleitetes Aufenthaltsrecht benannt, eine Voraussetzung, die im Ausgangsfall des Urteils vom 13.2.2009 nicht gegeben war. In dem Entscheid wurde jedoch ein grundsätzlicher Anspruch auf Bewilligung des Aufenthalts aus Art. 42 Abs. 1 AuG hergeleitet, der nach Art. 2 FZA nicht diskriminierend angewandt werden dürfe. Der Anspruch auf Bewilligung bedeute jedoch keinen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz (Erw. 6.5), sondern der Entscheid sei grundsätzlich im Ausland abzuwarten.

⁶⁵ BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010 (zur Publikation vorgesehen).

⁶⁶ In dem Fall handelte es sich sowohl um originäre als auch um abgeleitete Aufenthaltsrechte.

nicht und sah den Aufwand einer wenige Minuten dauernden Mitwirkung, die dem Umfang entspreche, der von Schweizer Bürgern und Bürgerinnen bei der Beschaffung eines Personalausweises oder einer Identitätskarte verlangt werde, mit dem Freizügigkeitsrecht in Einklang stehend.⁶⁷ In einer ausführlichen Begründung erläuterte es die deklaratorische Bedeutung der Aufenthaltsbewilligung, die nicht davon entbinde, sich bei den Behörden zu melden, erforderliche Ausweispapiere zu beschaffen und hierfür notwendige Angaben zu machen. Der jeweilige Ausweis attestiere nur das konstitutive Anwesenheitsrecht, das lediglich aufgrund des Vorbehalts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA wegfallen könne. So mache ein fehlender Ausweis den Aufenthalt nicht illegal. In diesem Sinn sei der Begriff „automatisch“ (Art. 12 Abs. 2 Anhang I FZA) auszulegen.⁶⁸ Als Auslegungshilfe zog das Gericht mit Verweis auf die Zielbestimmung des FZA (Art. 16 Abs. 1 FZA) die nach Vertragsunterzeichnung ergangene Richtlinie (RL) 2004/38/EG⁶⁹ heran, um eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen den Vertragsparteien zu schaffen. Nach der Richtlinie dürfe die Verletzung ordnungsrechtlicher Vorschriften sanktioniert werden. Zudem nahm es auf das deutsche Freizügigkeitsgesetz⁷⁰, das mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen müsse und ebenfalls Mitwirkungspflichten für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen vorsehe, Bezug.⁷¹

Das Gericht konkretisierte damit seine bisherige, in Einklang mit dem Ansatz des EuGH,⁷² auf die es auch Bezug nimmt,⁷³ stehende Rechtsprechung, dass ein Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrecht nicht von einem exekutiven Akt abhängig ist, sondern aufgrund der Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen entsteht. Durch eine formell fehlende Bewilligung wird der Aufenthalt nicht illegal, denn die Bewilligung hat keine rechtsbegründende sondern bloss deklaratorische Bedeutung.⁷⁴

Von grundsätzlicherer Bedeutung ist die Bezugnahme des Bundesgerichts auf die nach Vertragsunterzeichnung erlassene Unionsbürgerrichtlinie und deren nationale Umsetzungsakte, dies mit dem Hinweis, das Abkommen strebe im

⁶⁷ BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, Erw. 3.3.

⁶⁸ BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, Erw. 2.2.

⁶⁹ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten freizu bewegen und aufzuhalten (Unionsbürgerrichtlinie), ABl. L 229 v. 29.6.2004, 35 ff.

⁷⁰ Deutsches Gesetz v. 30.7.2004 über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU).

⁷¹ BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, Erw. 2.3.

⁷² Vgl. die Nachweise in Fn. 39.

⁷³ Wobei auch ein nach der Unterzeichnung des Abkommens erlassenes Urteil herangezogen wird, nämlich EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591.

⁷⁴ BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, Erw. 2.2. mit Verweis auf EuGH, Rs. C-363/89 (Roux), Slg. 2002, I-6591. Rn. 74; BGE 134 IV 57 Erw. 4.

Bereich des übernommenen Unionsrechts eine möglichst kongruente Rechtslage zwischen dem FZA und dem Unionsrecht an⁷⁵ und es sei nicht anzunehmen, dass im Rahmen des FZA weitergehende Vorgaben gelten würden. Diese durchaus nachvollziehbaren Erwägungen werfen jedoch insbesondere die Frage auf, welche Implikationen die Weiterentwicklung des Unionsrechts im Rahmen des Abkommens vor dem Hintergrund seiner vom Gericht erwähnten Zielsetzung einer „Parallelität der Rechtslage“ entfalten kann. Vieles dürfte hier dafür sprechen, solche legislativen Entwicklungen jedenfalls dann in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens zu „integrieren“, wenn dies angesichts von dessen Wortlaut und Zielsetzungen möglich ist. Hingegen dürfte ein solcher Einbezug von Weiterentwicklungen des Unionsrechts dann nicht möglich sein, wenn echte neue Rechte verankert werden, wie dies in der RL 2004/38 teilweise der Fall ist (etwa in Bezug auf das Daueraufenthaltsrecht).

b) Nichterwerbstätige EU-Bürger

Am 24. März 2009⁷⁶ erklärte das Bundesgericht, dass es für das sich nach Art. 6 FZA i.V.m. Art. 24 Anhang I FZA begründende Aufenthaltsrecht nichterwerbstätiger EU-Bürger⁷⁷ (Art. 1 lit. c FZA) keine Rolle spiele, ob die Gesuchsteller selber oder Dritte für ihren Unterhalt in der Schweiz aufkommen. Die Vorinstanz hatte einer erwerbsunfähigen Deutschen die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert, weil für deren Unterhalt teilweise deren Tochter und Schwiegersohn aufkommen wollten. Die Vorinstanz hatte argumentiert, eine Verwandtenunterstützung könne nicht als Einkommen angerechnet werden. Das Bundesgericht verwies hingegen auf neue, nach Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung des EuGH, in der der Gerichtshof präzisierte, dass es nur darauf ankomme, ob jemand über ausreichende Existenzmittel verfüge, während die Herkunft und die Verpflichtung Dritter zur Unterstützung unerheblich sei.⁷⁸ Diese, nach Art. 16 Abs. 2 FZA nicht verbindliche Rechtsprechung des EuGH sei auch im Rahmen des Abkommens heranzuziehen, denn es sei unverhältnismässig, weil nicht erforderlich, dem Kriterium der ausreichenden finanziellen Mittel ein weiteres nach der Herkunft der Mittel hinzuzufügen. Daher spiele es keine Rolle, aus wel-

⁷⁵ Vgl. insoweit Art. 16 Abs. 1 FZA sowie aus der Rechtsprechung auch noch BGE 136 II 5, Erw. 3.6.2; BG, 2C_269/2998, Urt. v. 5.1.2010, Erw. 3.1.

⁷⁶ BGE 135 II 265.

⁷⁷ In BGE 135 II 369 äusserte sich das Bundesgericht zur für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht erforderlichen Unterhaltsgewährung nach Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA, siehe dazu 1.c).

⁷⁸ EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission gegen Belgien), Slg. 2006, I-2647.

cher Quelle, ob eigener oder fremder, die finanziellen Mittel stammen. Der Zweck der Regelung über die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen, nämlich eine übermässige Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmestaates zu vermeiden, sei auch durch diesen Ansatz gewährleistet. Hieran ändere auch die Gefahr des Wegfalls der Unterstützung nichts, denn der Wegfall ausreichender Existenzmittel stelle stets ein latentes Risiko dar. Daher sei ja gerade die zeitliche Geltung des Aufenthaltsrechts an die finanzielle Unabhängigkeit des Betroffenen gebunden (Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA; Art. 3 RL 90/364/EWG⁷⁹).⁸⁰

Dieses Urteil des Bundesgerichts ist ein weiteres Beispiel dafür, dass das Gericht dazu neigt, in den Fällen, in denen sich im Abkommen keine Gründe dagegen finden lassen, auch neuere Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung dem Unionsrecht entsprechender Abkommensbestimmungen heranzuziehen. Bemerkenswert ist die (im Ergebnis überzeugende, wenn auch ungenügend begründete) Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH in diesem Urteil im Übrigen deshalb, weil sich die Urteile des Gerichtshofs auf Konstellationen bezogen, in denen die Ausübung des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger zur Debatte stand. Dass eine Übernahme der durch den EuGH entwickelten Grundsätze gleichwohl in Betracht kam, hängt letztlich damit zusammen, dass die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht für Unionsbürger in weiten Teilen parallel zu denjenigen für nichterwerbstätige Staatsangehörige der Vertragsparteien nach dem FZA ausgestaltet sind und es insofern dann doch um parallele Rechtsfragen geht. Verallgemeinert man diesen Ansatz, können Urteile des Gerichtshofs, die an die Unionsbürgerschaft anknüpfen, immer dann auch im Rahmen des FZA von Bedeutung sein, wenn sich aus diesem ein Aufenthaltsrecht ergibt, so dass es unerheblich ist, dass sich die Rechtsprechung des EuGH auf das sich aus dem Status als Unionsbürger ergebende Aufenthaltsrecht bezieht.

⁷⁹ ABl. L 180 v. 13.7.1990, 26 f.

⁸⁰ BGE 135 II 265 Erw. 3.3 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004 I-9925, Rn. 30, 33; Rs. C-408/03 (Kommission gegen Belgien), Slg. 2006 I-2647, Rn. 40 ff. S. im Übrigen zum Erfordernis der ausreichenden Mittel BG, 2C_346/2008, Urt. v. 24.10.2008; BG 2C_810/2008, Urt. v. 28.11.2008 (in beiden Urteilen wurde das Vorliegen ausreichender Existenzmittel, teilweise auch aus Beweisgründen, verneint).

3. Abgeleitetes Aufenthaltsrecht: Familiennachzug

a) Bewilligungsvoraussetzung beim Familiennachzug eines Drittstaatsangehörigen

Mit einem Grundsatzentscheid vom 29. September 2009⁸¹ ging das Bundesgericht der Frage nach,⁸² ob das Recht auf Familiennachzug von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern einen vorherigen rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz oder in einem Mitgliedstaat voraussetzt.⁸³ Streitgegenstand war das Aufenthaltsgesuch eines aus Palästina stammenden Beschwerdeführers, der vor mehr als einem Jahrzehnt in die Schweiz eingereist und dessen Asylgesuch abgelehnt worden war. Unter anderem war er in den darauf folgenden Jahren wegen Betäubungsmitteldelikten erst zu einer bedingten Strafe und einer siebenjährigen Landesverweisung, die nicht vollzogen wurde, und später zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden. Im Jahre 2007 heiratete der Gesuchsteller eine spanische Staatsangehörige und stellte gestützt auf diese Ehe ein Familiennachzugsgesuch, das mit Verweis auf den fehlenden rechtmässigen Aufenthaltstitel abgelehnt wurde.

Das Bundesgericht erachtete das FZA – trotz der Verneinung eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts in der EU bzw. der Schweiz – für anwendbar, dies in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung.⁸⁴ Dabei stützte sich das Bundesgericht – wie auch schon in der bisherigen Rechtsprechung – massgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH, die ihrerseits in der Rechtssache *Metock*⁸⁵ insofern eine Weiterentwicklung bzw. Modifikation erfahren hatte, als der EuGH nunmehr – im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung – ausdrücklich das Erfordernis eines vorherigen rechtmässigen Aufenthalts im Unionsgebiet für die Anwendbarkeit der Familiennachzugsregeln verneinte.⁸⁶

⁸¹ BGE 136 II 5.

⁸² Noch offengelassen in BGE 135 II 369, Erw. 2.

⁸³ Bemerkenswert ist, dass, obwohl nach Ansicht des Bundesgerichts dem Beschwerdeführer schon aufgrund Art. 17 Abs. 2 ANAG und Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV eine Aufenthaltsbewilligung zugestanden habe, das Gericht in einer ausführlichen Prüfung grundsätzlichen materiellen Auslegungsfragen des FZA nachging, BGE 136 II 5, Erw. 1.3.

⁸⁴ BGE 130 II 1, Erw. 3.6; BGE 134 II 10, Erw. 3. Zur bisherigen Bundesgerichtspraxis ausführlich *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (233 ff.), *Kaddous/Tobler*, SZIER 2009 (Fn. 11), 499 (512 ff.).

⁸⁵ EuGH, Rs. C-127/08 *Metock*, Slg. 2008, I-6241.

⁸⁶ Vgl. ausführlich zur Bedeutung des Urteils *Metocks* und seine Einordnung in die bisherige Rechtsprechung *Astrid Epiney*, Von Akrich über Jia bis *Metock*: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug, EuR 2008, 840 ff.; *Spescha*, AJP 2008 (Fn. 51), 1432 ff.; *Spescha*, AJP 2010 (Fn. 60), 102 ff.

Einleitend führte das Bundesgericht mit Verweis auf frühere Entscheidungen⁸⁷ aus, unter welchen Voraussetzungen es, ohne dazu verpflichtet zu sein, nach Unterzeichnung des FZA⁸⁸ ergangene Rechtsprechung des EuGH für die Abkommensauslegung heranziehe, wobei für die Berücksichtigung neuer EuGH-Rechtsprechung das Abkommensziel einer parallelen Rechtslage massgebend sei.⁸⁹ Um dieses Ziel nicht zu gefährden, werde das Gericht auch Rechtsprechung des EuGH nach Vertragsunterzeichnung in „angemessener Weise“ in seine Beurteilung einbeziehen und dieser „Rechnung tragen“, soweit das Abkommen auf unionsrechtliche Grundsätze zurückgreife. Da dem EuGH nicht die verbindliche Auslegungshoheit für die Schweiz zukomme, stehe es dem Bundesgericht aber weiterhin offen, aus „triftigen Gründen“ zu einer anderen Rechtsauffassung als der EuGH zu kommen. Allerdings würden „nicht leichthin“ abweichende Auffassungen vertreten.⁹⁰

Bevor dann die gebotene Abwägung durchgeführt wurde, hielt das Bundesgericht fest, dass für die Auslegung des FZA grundsätzlich nicht die nationale Umsetzung des Freizügigkeitsrechts massgeblich sei. Dass der schweizerische Gesetzgeber zwar neu in Art. 42 Abs. 2 AuG⁹¹ eine Vermeidung der Inländerdiskriminierung bezweckt habe, indem er eine Anpassung der Nachzugsregelung für Inländer an diejenige des Freizügigkeitsrechts vorgenommen habe und in Anlehnung an das Urteil *Akrich*⁹² als zusätzliche Voraussetzung den Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung verlange, stehe einer Weiterentwicklung der Auslegung des FZA daher nicht entgegen. Das Problem der Inländerdiskriminierung – ob auf dem Weg der Rechtsprechung oder durch eine Gesetzesanpassung zu lösen – sei hier nicht entscheidungsrelevant.⁹³ Jedoch vermerkte das Gericht, dass die gesamte Ordnung der Familienvereinigung in sich wenig konsistent und der schweizerischen Gesetzesordnung keine deutliche Leitlinie für das Verständnis der Regeln über den Familiennachzug zu entnehmen sei.⁹⁴

Ausgehend von diesen Grundsätzen untersuchte das Gericht im Einzelnen, ob die neue Rechtsprechung des EuGH im Urteil *Metock* auch bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen ist. Es sei eine nachträgliche – nach Vertragsunterzeichnung – Veränderung der Rechtslage eingetreten, die

⁸⁷ BGE 130 II 1, Erw. 3.6.1; BGE 130 II 113, Erw. 5.2.

⁸⁸ Nach dem 21.6.1999, vgl. Art. 16 Abs. 1 FZA.

⁸⁹ Vgl. Präambel des FZA und Art. 1 FZA.

⁹⁰ BGE 136 II 5, Erw. 3.4.

⁹¹ Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

⁹² EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607.

⁹³ Siehe dazu BG, 2C_135/2009, Urt. v. 22.1.2010 (zur Publikation vorgesehen), hierzu oben II.1.d).

⁹⁴ BGE 136 II 5, Erw. 3.6.1.

für die Schweiz grundsätzlich nicht massgebend sei. Vor allem Gründe der Rechtsharmonisierung – wie schon bei der Übernahme der *Akrich*-Rechtsprechung – sprächen aber für eine Übernahme der angepassten Rechtsprechung des EuGH. Triftige Gründe für eine abweichende Freizügigkeitsregelung in der Schweiz seien nicht auszumachen. Das Interesse an einer parallelen Rechtslage und an einem möglichst einheitlichen Freizügigkeitsraum gehe vor. Ein in Einzelfällen möglicherweise vorliegender Missbrauchsaspekt dürfe nicht verallgemeinert werden und die Rechtsstellung jener schmälern, die ihre Rechte nicht missbräuchlich geltend machen.⁹⁵

Der Massgeblichkeit des Urteils *Metock* stehe nicht entgegen, dass der EuGH das in der EU aktuell geltende Recht angewandt habe. Inhaltlich habe dies nämlich für die durch das Bundesgericht zu beurteilende Frage der Familienvereinigung keine wesentlichen Neuerungen mit sich gebracht. Der begrifflichen Unterscheidung der Unionsbürgerschaft von den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten komme bei der Ausgestaltung der Freizügigkeitsrechte keine wesentliche Rolle zu. Die relevante Rechtslage, was die Rechte auf Familiennachzug betreffe, habe bereits vor dem 21. Juni 1999 gegolten.⁹⁶

Abschliessend äusserte sich das Gericht noch zu dem in der Vorinstanz geltend gemachten Einwand der schweren und gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer. Der Beschwerdeführer hatte wegen Betäubungsmitteldelikten bis 2001 eine 28-monatige Freiheitsstrafe verbüsst und war seitdem, ausser wegen eines Vergehens gegen die Waffengesetzgebung, strafrechtlich nicht mehr auffällig geworden.⁹⁷ Das Bundesgericht stufte die Rückfallgefahr als nicht erheblich ein. Wie schon in vorherigen Urteilen stellte das Gericht in konsequenter Anwendung der Rechtsprechung des EuGH⁹⁸ klar, dass die Beschränkung der Freizügigkeitsrechte nach Art. 5 Anhang I FZA nicht aus generalpräventiven Gründen erfolgen dürfe. Eine strafrechtliche Verurteilung müsse im konkreten Einzelfall Anlass für eine aktuelle Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellen.⁹⁹

Soweit ersichtlich äusserte sich das Bundesgericht in diesem Urteil erstmals grundsätzlich und (auch) in allgemeiner Form zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen auch neue Rechtsprechung des EuGH (also diejenige, die nach dem in Art. 16 Abs. 2 FZA erwähnten Zeitpunkt der Unterzeichnung ergangen ist) für die Auslegung von unionsrechtlichen Vorgaben

⁹⁵ BGE 136 II 5, Erw. 3.6.2.

⁹⁶ BGE 136 II 5, Erw. 3.6.3, 3.6.4.

⁹⁷ BGE 136 II 5, Erw. 4.3.

⁹⁸ Vgl. dazu schon *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 8), 141 (149); *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (247) mit zahlreichen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; siehe auch die kritischen Anmerkungen zur Praxis der kantonalen Instanzen bei *Spescha*, AJP 2010 (Fn. 60), 102 (105).

⁹⁹ BGE 136 II 5, Erw. 4.2; vgl. zu dieser Problematik auch noch unten II.4.

entsprechenden Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen ist.¹⁰⁰ Dabei dürfte der Ansatz des Bundesgerichts, vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Abkommens, eine „parallele Rechtslage“ in der EU und in den Beziehungen der Schweiz zur EU sicherzustellen, auch der neuen Rechtsprechung des EuGH Rechnung zu tragen (diese also letztlich zu übernehmen), wobei von diesem Grundsatz jedoch aus triftigen Gründen abgewichen werden könne, letztlich eine grundsätzliche Massgeblichkeit auch der neuen Rechtsprechung des Gerichtshofs implizieren: Denn das Bundesgericht folgert diesen Grundsatz aus der Zielsetzung des Abkommens, so dass er einen auch rechtlich verbindlichen Auslegungsgrundsatz impliziert. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass von diesem Prinzip ausnahmsweise abgewichen werden kann, wobei abzuwarten bleibt, wie die in diesem Zusammenhang verwandten unbestimmten Rechtsbegriffe „triftiger Grund“, „nicht leichthin“ und „in angemessener Weise Rechnung tragen“ in Folgeentscheiden von den Gerichten geprüft werden. Nach der hier vertretenen Ansicht spricht Vieles dafür, eine Abweichung auch von der neuen Rechtsprechung des EuGH nur dann zuzulassen, wenn aus Charakter und Inhalt des Abkommens selbst Gründe gegen eine Übernahme neuer Rechtsprechung ersichtlich sind. Dies kann etwa dann anzunehmen sein, wenn der EuGH gewisse Begriffe und Konzepte in nicht voraussehbarer Weise modifizierte oder wenn sich aus Struktur und / oder Inhalt des Abkommens klare Anhaltspunkte gegen eine Übernahme bestimmter Urteile ergeben.¹⁰¹ Die Bemerkung des Gerichts, zwischen der Zielsetzung einer angestrebten parallelen Rechtslage und den triftigen Gründen für eine abweichende Rechtsauffassung sei eine Abwägung vorzunehmen, dürfte letztlich mit diesem Ansatz übereinstimmen. Nicht zu verkennen ist aber, dass auch diese Präzisierungen notwendigerweise noch unscharf bleiben und es im Einzelfall sehr schwierig sein kann vorauszusehen, ob die schweizerischen Gerichte bestimmte neuere Urteile des EuGH übernehmen oder nicht, was das hier angezeigte Urteil illustriert.

b) Aufenthaltsrecht von Stiefkindern

In einem Entscheid vom 5. Januar 2010¹⁰² zeigte sich das Bundesgericht ebenfalls eher „freizügigkeitsfreundlich“¹⁰³ und äusserte sich zu der bisher

¹⁰⁰ Siehe dazu auch die Bemerkungen von *Spescha*, AJP 2010 (Fn. 60), 102 (104 ff.).

¹⁰¹ Vgl. ausführlich zu diesem Ansatz schon *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personennfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 (23 ff.).

¹⁰² BG, 2C_269/2009, Urt. v. 5.1.2010.

¹⁰³ Neue Zürcher Zeitung (NZZ), Artikel v. 10.2.2010: „Bundesgericht legt Freizügigkeitsabkommen immer grosszügiger aus“.

nur von einem Kantonsgericht¹⁰⁴ entschieden. Frage, ob Nachkommen eines Ehegatten als Familienmitglieder zu betrachten sind,¹⁰⁵ wobei es auch hier letztlich um die Frage der Massgeblichkeit neuer Rechtsprechung des EuGH im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ging. Strittig war, ob den aus einer vorehelichen Beziehung stammenden Kindern eines aus dem Kosovo stammenden Mannes, der mit einer in der Schweiz wohnhaften Französin verheiratet war, der Familiennachzug verweigert werden konnte.

Das Bundesgericht bejahte (im Gegensatz zu den kantonalen Behörden) den Einbezug von Stiefkindern in den Kreis der nachzugsberechtigten Familienmitglieder, dies auch vor dem Hintergrund der zum Zeitpunkt der kantonalen Entscheidung noch nicht erfolgten Modifikation der Rechtsprechung durch das Urteil des Bundesgerichts vom 29. September 2009.¹⁰⁶ Zwar lasse der Wortlaut des hier massgeblichen Art. 3 Abs. 2 Anhang I lit. a FZA die Einbeziehung von Stiefkindern nicht klar erkennen; zumindest die deutsche Fassung sei nicht eindeutig, wohingegen die französische und die italienische Fassungen eher auf die Einbezug von Stiefkindern schliessen liessen. Eine Antwort auf die gestellte Frage lasse sich aber der Rechtsprechung des EuGH entnehmen: Obwohl das diesbezügliche Urteil *Baumbast*¹⁰⁷ des EuGH – wonach auch Stiefkinder als Familienangehörige anzusehen sind – grundsätzlich nicht verbindlich sei,¹⁰⁸ spreche jedoch für eine Berücksichtigung, dass es sich dabei lediglich um eine Klarstellung des europäischen Besitzstandes, wie die Schweiz ihn mit der Abkommensunterzeichnung übernommen habe, handle.¹⁰⁹ M.a.W. beziehe sich das Urteil *Baumbast* nicht auf neues Sekundärrecht, durch das im Vergleich zum FZA weitergehende Freizügigkeitsrechte gewährt werden (wie etwa das Daueraufenthaltsrecht in der RL 2004/38), sondern auf Rechte, die bereits im FZA bzw. dem zum Zeitpunkt der Unterzeichnung geltenden Unionsbesitzstand verankert sind bzw. waren.

Abschliessend äusserte sich das Gericht noch zu den Schranken des Freizügigkeitsrechts, insbesondere zum Verbot des Rechtsmissbrauchs. Analog dem Unionsrecht seien familienrechtliche Scheinbeziehungen vom Nachzugsrecht auszuschliessen, und ein (soziales) Familienleben müsse tatsächlich bestehen. Ausserdem dürfe der Nachzug nicht in offensichtlichem Widerspruch zum Kindeswohl stehen.¹¹⁰

¹⁰⁴ Kantonsgericht Waadt, PE.2007.0517, Urt. v. 31.3.2008.

¹⁰⁵ BG, 2C_269/2009, Urt. v. 5.1.2010 (zur Publikation vorgesehen). Diese Frage wurde in BGE 130 II 1 und BG, 2A.94/2004, Urt. v. 6.8.2004, noch offen gelassen.

¹⁰⁶ BGE 136 II 5. Zu diesem oben II.3.a).

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-413/1999 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091.

¹⁰⁸ BG, 2C_269/2009, Urt. v. 5.1.2010, Erw. 4.2.

¹⁰⁹ BG, 2C_269/2009, Urt. v. 5.1.2010, Erw. 4.3.

¹¹⁰ BG, 2C_269/2009, Urt. v. 5.1.2010, Erw. 5.2.

Das Urteil bestätigt den Ansatz des Bundesgerichts, die einschlägige¹¹¹ Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich zu übernehmen,¹¹² was im Grundsatz und in Bezug auf die in diesem Urteil streitige Frage überzeugend ist. Bemerkenswert ist indessen, dass das Gericht letztlich nicht die in dem Urteil vom 29.9.2009¹¹³ entwickelten Kriterien ausdrücklich anwandte, um die Frage nach der Massgeblichkeit des Urteils *Baumbast* zu beantworten. Vielmehr argumentierte es letztlich entlang der Frage der Parallelität der im Unionsrecht und im FZA gewährleisteten Rechte und ihrer Zielsetzungen. Obwohl die Argumentation durchaus stichhaltig und nachvollziehbar ist, wäre ein ausdrücklicher Rückgriff auf die entwickelten allgemeinen Kriterien wünschenswert gewesen. Denn auf diese Weise hätte ihr genauer Aussagegehalt und ihre Tragweite präzisiert werden können, wenn man das Urteil auch so auslegen kann, dass das Gericht offenbar davon ausging, dass im vorliegenden Fall eben keine triftigen Gründe gegen eine Massgeblichkeit der hier relevanten neuen Rechtsprechung sprechen. Aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Anknüpfung an die entwickelten allgemeinen Kriterien dürfte im Übrigen die dogmatische Unsicherheit über die für die Übernahme neuer Rechtsprechung des EuGH entscheidenden Kriterien fortbestehen.

In einem Entscheid vom 2. Februar 2010¹¹⁴ wurde im Zuge der Rechtsprechungsänderung vom 29. September 2009¹¹⁵ ein Wiedererwägungsgesuch gutgeheissen, so dass das Gesuch eines mit einer deutschen Staatsangehörigen verheirateten türkischen Vaters um Nachzug seiner Kinder aus erster Ehe erneut materiell zu prüfen war.¹¹⁶ In diesem Zusammenhang äusserte sich das Bundesgericht zu den zusätzlichen Bewilligungsvoraussetzungen für einen Familiennachzug in einer solchen Konstellation: Der von der Personenfreizügigkeit Gebrauch machende EU- bzw. EFTA-Angehörige müsse mit Blick darauf, dass es um seine Freizügigkeit gehe, mit dem Nachzug der Stiefkinder einverstanden sein. Zudem müsse ein minimales tatsächliches (soziales) Familienleben des mit dem EU-Bürger verheirateten Drittstaatsangehörigen zu den nachzuziehenden Angehörigen bestanden haben; andernfalls sei die Verweigerung des Nachzugs nicht geeignet, um die im FZA verankerte Personenfreizügigkeit überhaupt erst massgeblich zu beeinträchtigen. Zudem dürfe der Nachzugsentscheid nicht das Kindeswohl und die familiäre Bindung des Nachzuziehenden

¹¹¹ Einhläglich ist eine neue Rechtsprechung selbstredend, wie auch das Gericht festhält, nur, wenn sie sich auf Rechte bezieht, die auch im FZA verankert sind, so dass der Rückgriff auf die neue Rechtsprechung des EuGH nicht die aufgrund der Weiterentwicklung des Unionsrechts insbesondere durch den Erlass der RL 2004/38 eingetretenen Differenzen zwischen dem Unionsrecht und dem FZA „auszugleichen“ vermag.

¹¹² Vgl. ausführlich oben II.3.a).

¹¹³ BGE 136 II 5. Zu diesem oben II.3.a).

¹¹⁴ BG, 2C_490/2009, Urt. v. 2.2.2010 (zur Publikation vorgesehen).

¹¹⁵ BGE 136 II 5, s. hierzu oben II.3.a).

¹¹⁶ BG, 2C_490/2009, Urt. v. 2.2.2010, Erw. 2.2.2.

in seinen Heimatstaat missachten.¹¹⁷ Diese Voraussetzungen dürften mit den entsprechenden Grundsätzen des Unionsrechts, so wie sie in der Rechtsprechung des EuGH präzisiert wurden, im Einklang stehen.

In einem Urteil vom 15. Januar 2010¹¹⁸ bejahte das Bundesgericht im Sinne der bereits erwähnten Rechtsprechung den nachzugsbeschränkenden Vorbehalt zugunsten des Kindeswohls, dies allerdings aufgrund der Anwendung des AuG.¹¹⁹ Es widerspreche dem Kindesinteresse, wenn der Beschwerdeführer, ein in der Schweiz lebender Kongoleser, der über Jahre keine tatsächliche Beziehung zu seiner in der Republik Kongo lebenden Tochter aufrecht erhalten habe, vom Nachzugsrecht Gebrauch machen könne.

Am 23. März 2010¹²⁰ stellt das Bundesgericht mit Bezug auf seine geänderte Praxis klar, dass nach dem FZA für den Familiennachzug von Kindern bei Teilfamilien nicht Voraussetzung sei, dass besondere familiäre Gründe bzw. eine zwingend notwendig gewordene Änderung in den Betreuungsverhältnissen¹²¹ vorliegen müssen.¹²²

c) *Zur Frage des Rechtsmissbrauchs*

Hinsichtlich des Aufenthaltsrechts bei Scheinehen behielt das Bundesgericht seine Rechtspraxis¹²³ bei und präzisierte sie teilweise: Das blosse Zusammenleben genüge nicht für die nachträgliche Wandlung einer Scheinehe zu einer echten Lebensgemeinschaft. Insoweit sei es auch unerheblich, wenn eine teilinvalide Beschwerdeführerin ein Interesse an einer finanziellen Verbesserung ihrer Lage durch den getrennt lebenden Ehemann habe oder die Beschwerdeführerin von einer echten ehelichen Beziehung ausgehe.¹²⁴ Ebenfalls wurde es weiterhin vom Gericht als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn nach der Trennung der Ehegatten ein Aufenthaltsrecht nach Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA beansprucht werde, die eheliche Beziehung aber vollständig inhaltslos geworden sei,¹²⁵ ein Ansatz, der zumindest teilweise

¹¹⁷ BG, 2C_490/2009, Urt. v. 2.2.2010, Erw. 3.2.3.

¹¹⁸ BG, 2C_270/2009, Urt. v. 15.1.2010 (zur Publikation vorgesehen).

¹¹⁹ BG, 2C_270/2009, Urt. v. 15.1.2010, Erw. 4.8.

¹²⁰ BG, 2C_718/2009, Urt. v. 23.3.2010.

¹²¹ So noch BGE 133 II 6, Erw. 3.1; BGE 130 II 1, Erw. 2.2.

¹²² BG, 2C_718/2009, Urt. v. 23.3.2010, Erw. 2.

¹²³ Vgl. zu dieser, m.w.N., *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (237 f.).

¹²⁴ BG, 2C_787/2009, Urt. v. 20.4.2010, Erw. 2.4; BG 2C_587/2008, Urt. v. 4.12.2008, Erw. 4.1.

¹²⁵ BG, 2C_631/2008, Urt. v. 4.9.2008, Erw. 2.1; BG, 2C_720/2008, Urt. v. 14.1.2009, Erw. 3.2, mit Verweis auf BGE 130 II 11, Erw. 9. S. auch BG, 2C_587/2008, Urt. v. 4.12.2008 (zu den Voraussetzungen des Vorliegens einer „Scheinehe“), dazu ausführliche Urteilsbesprechung bei *Kaddous/Tobler*, SZIER 2009 (Fn. 11), 499 (512 f.); BG, 2C_787/2009, Urt. v. 20.4.2010. S. auch BG, 2C_530/2009, Urt. v. 2.3.2010,

nicht mit der massgeblichen (da vor dem Datum der Unterzeichnung ergangenen) Rechtsprechung des EuGH stehen dürfte.¹²⁶

4. Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

In zahlreichen Entscheidungen¹²⁷ äusserte sich das Bundesgericht zur Einschränkung der Rechte aus dem FZA aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Die Entscheide wiederholen die in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Prinzipien und wenden sie auf die sich jeweils stellenden konkreten Fallgestaltungen an.¹²⁸ Die Rechtsprechungspraxis, die die Aktualität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gesondert und mit Bezug auf den Einzelfall prüft, wird so beibehalten.¹²⁹ Durch die Prüfungsabfolge wird konsequent die freizügigkeitsfreundliche Rechtsprechung des EuGH angewandt bzw. sich an dieser orientiert, indem bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Entfernungs- oder Fernhaltemassnahmen nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA einer möglichst uneingeschränkten Verwirklichung der Freizügigkeitsrechte grosses Gewicht beigemessen wird.¹³⁰ Generalpräventive Massnahmen sind unzulässig, und die Feststellung einer gegenwärtigen Gefährdung durch die betreffende Per-

Erw. 3.1, wo das Gericht etwas pauschal formuliert, das Nichtzusammenleben von Ehegatten während einer gewissen Zeit stelle ein Indiz dar, dass die Eheleute kein Eheleben mehr führen wollten, so dass jedenfalls nach zwei Jahren Getrenntleben – ausser im Falle des Vorliegens besonderer Umstände – davon auszugehen sei, dass die Ehe ihrer Substanz verlustig gegangen sei.

¹²⁶ S. insbesondere EuGH, Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, 567, wo der Gerichtshof auf das formelle Bestehen der Ehe abstellen dürfte. Vgl. schon *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (237 f.).

¹²⁷ BG, 2C_396/2008, Urt. v. 15.9.2008; BG, 2C_263/2008, Urt. v. 20.10.2008; BG, 2C_561/2008, Urt. v. 5.11.2008; BG, 2C_425/2008, Urt. v. 5.11.2008; BG, 2C_425/2008, Urt. v. 27.1.2009; BG, 2C_624/2008, Urt. v. 15.6.2009; BG, 2C_15/2009, Urt. v. 17.6.2009; BG, 2C_664/2009, Urt. v. 25.2.2010; BG, 2C_541/2009, Urt. v. 1.3.2010; BG, 2C_412/2009, Urt. v. 6.3.2010; BG, 2C_712/2009, Urt. v. 12.4.2010; BG, 2C_596/2009, Urt. v. 23.4.2010; ebenso BVG, C-5308/2007, Urt. v. 3.12.2009; BVG, C-7642/2007, Urt. v. 23.12.2009; BVG, C-4338/2008, Urt. v. 30.12.2009.

¹²⁸ Vgl. dazu auch schon die Rechtsprechungsübersichten bei *Epiney*, Jahrbuch für Migration 2004/2005 (Fn. 8), 141 (149); *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migration 2007/2008 (Fn. 9), 227 (247); *Kaddous/Tobler*, SZIER 2009 (Fn. 11), 499 (521 ff.); *Christine Kaddous/Christa Tobler*, Droit européen: Suisse – Union européenne / Europarecht: Schweiz – Europäische Union, SZIER 2008, 351 (366 ff.).

¹²⁹ Vgl. z.B. BG, 2C_712/2009, Urt. v. 12.4.2010, Erw. 4.3.

¹³⁰ So etwa BG, 2C_624/2008, Urt. v. 15.6.2009, Erw. 3.1; BVG, C-5308/2007, Urt. v. 3.12.2009, Erw. 6.3.

son ist ausschlaggebend, so dass eine Prognose über das künftige „Wohlverhalten“ und das Rückfallrisiko anzustellen ist.¹³¹

Hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang die Urteile des Bundesgerichts¹³², in denen das Bundesgericht bei der Prüfung der hinreichend schweren und gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auch den Tatvorwurf einer Straftat mitberücksichtigte, selbst wenn dieser nicht oder zumindest noch nicht zu einer Verurteilung geführt habe. Dies stelle keine Verletzung der Unschuldsvermutung dar, denn es gehe nicht darum, eine strafrechtliche Verfehlung zu unterstellen. Jedoch komme den Vorwürfen insofern eine gewisse Bedeutung zu, als sie darlegten, dass sich die Strafverfolgungsorgane immer wieder mit der Person und seinen Aktivitäten befassen müssen und diese ein Verhalten an den Tag lege, das von diversen Drittpersonen – zu Recht oder zu Unrecht – als kriminell erachtet werde.¹³³ Diesem Umstand dürfe im Rahmen der Deliktsprognose mit einer gewissen Zurückhaltung Rechnung getragen werden.¹³⁴ Dieser Ansatz – der sich in der Rechtsprechung des EuGH soweit ersichtlich zumindest in dieser Form nicht findet – erscheint grundsätzlich problematisch: Denn letztlich impliziert er, dass Schlüsse (auf ein Verhalten, das gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit verstösst) gezogen werden, die sich in den hierfür vorgesehenen Verfahren (noch) nicht erhärten liessen. Damit ist aber dann doch die Unschuldsvermutung tangiert: Denn grundsätzlich können im Rahmen der Eruiierung des Bestehens einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung begangene Straftaten und die sich daran anschliessende Frage nach der Rückfallgefahr berücksichtigt werden; genügt hingegen ein Verdacht, der (noch) nicht bestätigt wurde, so wird der Betreffende dann eben doch ähnlich gestellt wie jemand, der verurteilt worden ist. Hieran vermag auch eine nur „zurückhaltende“ Berücksichtigung solcher Tatvorwürfe im Grundsatz nichts zu ändern, zumal der Begriff der Zurückhaltung in diesem Zusammenhang denkbar unscharf ist, so dass er einem Einbezug von Tatvorwürfen in die anzustellende Prognose kaum (präzisierbare) Grenzen setzen dürfte.

Weiter sind die Urteile des Bundesgerichts¹³⁵ und des Bundesverwaltungsgerichts¹³⁶ zur Verhältnismässigkeit einer freizügigkeitsbeschränkenden Massnahme nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA bei Verhängung einer Freiheitsstrafe

¹³¹ So etwa BG, 2C_712/2009, Urt. v. 12.4.2010, Erw. 4.3. Das Gericht weist hier auch darauf hin, dass die Interessenabwägung nach Art. 96 AuG grundsätzlich anders angelegt sei, wenn auch hier das Rückfallrisiko eine gewisse Rolle (aber nicht eine ausschlaggebende) spiele.

¹³² BG, 2C_561/2008, Urt. v. 5.11.2008; BG, 2C_596/2009, Urt. 23.4.2010.

¹³³ BG, 2C_596/2009, Urt. v. 23.4.2010, Erw. 6.

¹³⁴ BG, 2C_561/2008, Urt. v. 5.11.2008, Erw. 5.3.

¹³⁵ BG, 2C_425/2008, Urt. v. 27.1.2009.

¹³⁶ BV, C-2980/2009, Urt.v. 1.3.2010.

von zwei oder mehr Jahren speziell zu erwähnen: Nach dieser sog. „Zweijahresregel“, die einen widerlegbaren Richtwert darstelle, werde in der Regel keine Aufenthaltsbewilligung mehr erteilt, wenn der Betreffende zu einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt wurde.¹³⁷ Trotz dieses Richtwerts hob das Bundesverwaltungsgericht am 1. März 2010 ein unbefristetes Einreiseverbot gegen einen zu zwei Jahren verurteilten Italiener auf. Gehilfenschaft bei einem Raubüberfall rechtfertige nur eine Wegweisung nach dem AuG nicht aber nach dem FZA, die Gefahr der Rückfälligkeit sei minim und stelle keine aktuelle Gefahr für die öffentliche Ordnung dar.¹³⁸ Dieses Urteil stellt ein weiteres Beispiel für den einzelfallbezogenen Ansatz der Prüfung des Vorliegens einer hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dar und illustriert, dass jegliche Automatismen in diesem Bereich mit dem Abkommen nicht in Einklang stehen.¹³⁹

5. Dienstleistungsfreiheit

a) Zulassungsvoraussetzung für Dienstleistungserbringungen

Auch die Dienstleistungsfreiheit kann nach Art. 5 Abs. 1 Anhang FZA aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden. Daher könne – so das Bundesgericht in einem Urteil vom 17. Juni 2008¹⁴⁰ – die Zulassung als ausländischer Dienstleistungserbringer aufgrund fehlender Vertrauenswürdigkeit nach dem für Inländer geltenden Massstab verweigert werden. Dem Beschwerdeführer wurde aufgrund dessen die selbständige Ausübung des Zahnarztberufs als vorübergehende Dienstleistungserbringung nach Art. 5 FZA untersagt. Seine Vertrauenswürdigkeit war ihm in einem vorangegangenen Verfahren rechtskräftig abgesprochen worden, weil er unbewilligt in einem Schweizer Kanton eine zahnärztliche Tätigkeit ausgeübt hatte.

Im Ergebnis vermag das Urteil zu überzeugen. In ihrer rechtlichen Bedeutung unklar bleibt hingegen die Bemerkung des Bundesgerichts, wonach bei Fehlen der Vertrauenswürdigkeit der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 5 Anhang I FZA) nicht greife, da die vom Be-

¹³⁷ BG, 2C_263/2008, Urt. v. 20.10.2008, Erw. 3.1; BG, 2C_425, Urt. v. 27.1.2009.

¹³⁸ BV, C-2980/2009, Urt. v. 1.3.2010, Erw. 8.

¹³⁹ Insofern stossen auch die sog. Ausschaffungsinitiative sowie die diskutierten Gegenvorschläge gegen das FZA, soweit sie Unionsbürger betreffen. Vgl. zum Problemkreis m.w.N. Astrid Epiney, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden 1/2010, 3 ff.

¹⁴⁰ BG, 2C_151/2008, Urt. v. 17.6.2008.

schwerdeführer ausgehende Gefahr noch nicht das notwendige Mass erreiche; entscheidend sei vielmehr das rechtskräftige Absprechen der Vertrauenswürdigkeit.¹⁴¹ Denn wenn der Vorbehalt des Art. 5 Anhang I FZA nicht greifen kann, ist keine Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ersichtlich, so dass der Beschwerdeführer zugelassen werden müsste. Daher ist das Ergebnis des Bundesgerichts an sich nur vertretbar, wenn die Einschlägigkeit des Art. 5 Anhang I FZA bejaht wird, wobei das Urteil auch so ausgelegt werden kann, dass diese Bestimmung (nur) bei einer rechtskräftigen Feststellung der fehlenden Vertrauenswürdigkeit bejaht werden kann (was das Bundesgericht aber nicht ausdrücklich sagt), was durchaus gut vertretbar ist.

b) Passiver Dienstleistungsverkehr

In einem Entscheid vom 24. Juni 2008¹⁴² setzte sich das Bundesgericht erneut¹⁴³ mit der Frage auseinander, ob die zum passiven Dienstleistungsverkehr ergangene Rechtsprechung des EuGH auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens heranzuziehen ist. Es bestätigte seine bisherige Praxis, wonach das Freizügigkeitsabkommen, insbesondere Art. 5 Abs. 3 FZA, die passive Dienstleistungsfreiheit nicht umfasse, so dass das Abkommen nicht im Zusammenhang mit der Kostenübernahme einer medizinischen Behandlung im Ausland angeführt werden könne. Das FZA garantiere nicht die „volle Dienstleistungsfreiheit“ entsprechend den einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts; insbesondere seien Modalitäten der Erbringung und des Konsums von ärztlichen oder pharmazeutischen Leistungen im Gebiet der anderen Vertragsstaaten nicht geregelt.¹⁴⁴ Gleichlautende Erwägungen führte das Bundesgericht in einer Entscheidung vom 30. Dezember 2008¹⁴⁵ an, indem es betonte, dass das FZA keine vergleichbaren Bestimmungen zu der im EU-Recht geregelten umfassenden Dienstleistungsfreiheit zur vollständigen Liberalisierung im Bereich der medizinischen Behandlungen enthalte. Das FZA zielle lediglich auf eine sektorielle und eingeschränkte Integration in den europäischen Binnenmarkt ab, und die Dienstleistungsfreiheit, wie sie im Unionsrecht gewährleistet ist, sei als solche nicht in das Freizügigkeitsabkommen übernommen worden.¹⁴⁶

Zu überzeugen vermag dieser Ansatz des Bundesgerichts freilich nicht: Denn aus dem Umstand, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht einen

¹⁴¹ BG, 2C_151/2008, Urt. v. 17.6.2008, Erw. 2.4.

¹⁴² BGE 134 V 330.

¹⁴³ S. schon BGE 133 V 624, insbesondere Erw. 4.3.3 ff.

¹⁴⁴ BGE 134 V 330, Erw. 5.2, mit Verweis auf BGE 133 V 624.

¹⁴⁵ BG, 9C_479/2008, Urt. v. 30.12.2008.

¹⁴⁶ BG, 9C_479/2008, Urt. v. 30.12.2008, Erw. 6.2.

vollständigen Einbezug in den gesamten Binnenmarkt bezweckt, folgt gerade nicht, dass im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit zudem kaum begründbare „Abstriche“ an der tatbestandlichen Reichweite der Dienstleistungsfreiheit und damit an der zu beachtenden Rechtsprechung gemacht werden. Im Gegenteil ist dem Abkommen gerade zu entnehmen, dass für den Bereich der Personenfreizügigkeit eben parallele Regelungen wie in der Union zum Zuge kommen sollen, ein Umstand, auf den das Bundesgericht erst gar nicht eingeht, aber in Bezug auf andere Rechtsfragen in anderen Urteilen durchaus hinweist.¹⁴⁷ Bei der Dienstleistungsfreiheit sind zwar – im Verhältnis zur Rechtslage in der Union – durchaus Differenzen auszumachen; diese beziehen sich jedoch lediglich auf die 90-Tage-Regel im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit. Abgesehen von dieser Einschränkung ist in keiner Weise im Abkommen erkennbar, welche Aspekte der im Unionsrecht zum Zuge kommenden Dienstleistungsfreiheit im Abkommen nicht relevant sein sollen; insbesondere ist nicht erkennbar, warum (wie das Bundesgericht offenbar annimmt) das Abkommen auf Aspekte des Aufenthaltsrechts auf dem Gebiet einer Vertragspartei beschränkt sein soll, während offenbar sonstige Aspekte der Dienstleistungsfreiheit – so wie sie in der Rechtsprechung des EuGH konkretisiert wurden – nicht erfasst sein sollen. Ein solcher Ansatzpunkt führte letztlich weitgehend zu einer Beeinträchtigung der effektiven Wirkung der Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs (übrigens über den Aspekt der passiven Dienstleistungserbringung hinaus), da ein Aufenthaltsrecht ohne sonstige Rechte auf Erbringung von Dienstleistungen letztlich wenig Sinn machte. Nach der hier vertretenen Ansicht übernimmt das Abkommen daher in den einschlägigen Bestimmungen ansonsten (d.h. abgesehen von der 90-Tage-Regelung) sinngemäss die Garantien des Unionsrechts (die übrigens auch nicht ausdrücklich umfassend die passive Dienstleistungsfreiheit verankern), so dass für die bundesgerichtliche Einschränkung im Rahmen der medizinischen Dienstleistungen keine Grundlage ersichtlich ist,¹⁴⁸ ganz abgesehen davon, dass sie impliziert, dass auf dieser Grundlage für einen bedeutenden Bereich von Dienstleistungen das Abkommen im Wesentlichen leer läuft, spielt doch die Kostentragung bei den medizinischen Dienstleistungen eine zentrale Rolle.

¹⁴⁷ S. insbesondere oben II.3.a), b).

¹⁴⁸ Vgl. auch die fundierte und ausführliche Kritik an einem solchen Ansatz bei *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 217 (220 ff.). S. auch schon *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen (Fn. 12), 15 f.

c) *Arbeitnehmerentsendung*

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 4. August 2008¹⁴⁹ hingewiesen: Hier entschied das Bundesgericht, dass ein österreichischer Arbeitnehmer, der von einem Schweizer Unternehmen in Österreich rekrutiert wurde, um unmittelbar in Schweden die Erwerbstätigkeit aufzunehmen, wo er einen Unfall erlitt, nicht die Voraussetzungen einer Entsendung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71¹⁵⁰ erfülle und daher den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a dieser Verordnung unterliege.

6. Diplomanerkennung¹⁵¹

Am 30. Oktober 2008¹⁵² äusserte sich das Bundesgericht zur Anwendbarkeit des europäischen Systems der Anerkennung von Diplomen. Laut Bundesgericht ist dieses System auf der Grundlage des Art. 9 FZA direkt anwendbar.¹⁵³ Das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) sei daher gehalten, die in der RL 92/51/EWG¹⁵⁴ (Art. 12 Abs. 2) vorgesehene Frist von vier Monaten für den Entscheid über das Gesuch zur Anerkennung eines ausländischen Diploms einzuhalten.¹⁵⁵ Das Bundesgericht folgt damit der (zutreffenden) Ansicht,¹⁵⁶ auch die in den Anhängen zum Freizügigkeitsabkommen

¹⁴⁹ BGE 134 V 428; s. auch BG, 8C_475/2009, Urt. v. 22.2.2010, dazu *Kaddous/ Tobler*, SZIER 2009 (Fn. 4), 499 (5531f.).

¹⁵⁰ Abl. L 149 v. 5.7.1971, 2 ff.

¹⁵¹ Ausführlich zur schweizerischen Rechtsprechung zur Diplomanerkennung *Nina Gammenthaler*, Die schweizerische Rechtsprechung zur Diplomanerkennung im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EG, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009, 2009, 419 ff.

¹⁵² BGE 134 II 341.

¹⁵³ BGE 134 II 343, Erw. 2.1, 2.2.

¹⁵⁴ Die RL 92/51/EWG v. 18.6.1992 (ABl. EG Nr. 184, 31) wurde in der Union mit Wirkung vom 20.10.2007 aufgehoben und durch die RL 2005/36/EG ersetzt (ABl. L 33 v. 3.2.2009, 49). Im Verhältnis zur Schweiz kommt hingegen die bisherige Rechtslage noch so lange zur Anwendung wie der Gemischte Ausschuss nicht die entsprechenden Modifikationen des Anhangs III FZA beschlossen hat. Vgl. hierzu ausführlich *Nina Gammenthaler*, Die Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen: Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, 2010, im Erscheinen.

¹⁵⁵ BGE 134 II 343, Erw. 2.3. Vgl. zu den sonstigen Aspekten dieses Urteils, insbesondere die Frage der Unterscheidung zwischen reglementierter Ausbildung und reglementiertem Beruf *Gammenthaler*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/2009 (Fn. 151), 419 (432 ff.).

¹⁵⁶ Vgl. etwa *Basile Cardinaux*, Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge, 2008, 20 ff., m.w.N. (wobei sich dieser Autor

aufgeführten Sekundärrechtsakte (seien dies nun Richtlinien oder Verordnungen) könnten unmittelbar anwendbar sein, ein Grundsatz, der verallgemeinerungsfähig ist und nicht nur für alle in den Anhängen zum Personenfreizügigkeitsabkommen erwähnten Rechtsakte von Bedeutung ist, sondern auch im Rahmen anderer Bilateralen Abkommen zum Zuge kommt.

Auf ein grundsätzliches Problem bei der derzeitigen Anwendung der Regelungen über die Diplomanerkennung weist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Februar 2010¹⁵⁷ hin, in dem es um die Anerkennung eines rumänischen Arztdiploms ging. Das Bundesverwaltungsgericht verneinte eine entsprechende Anerkennungspflicht, dies im Wesentlichen mit dem Argument, dass Anhang III FZA (noch) keine entsprechenden Modifikationen erfahren habe, so dass für die neue Vertragspartei Rumänien noch die bisherige Fassung des Anhangs III FZA gelte.¹⁵⁸ Auch die neue Diplomanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36¹⁵⁹) sei (noch) nicht in das Abkommen übernommen worden, so dass auch hieraus keine Rechte abgeleitet werden könnten. Im Hinblick auf die Gewährleistung einer parallelen Rechtslage in der EU und im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zur Schweiz bleibt zu hoffen, dass durch einen Beschluss des Gemischten Ausschusses (Art. 18 FZA) die neu erlassenen Sekundärrechtsakte der EU in Anhang III FZA aufgenommen werden und nicht (weiter) zwei verschiedene Systeme der Berufsankennung in der EU und in der Schweiz existieren.¹⁶⁰

Weiter ging das Bundesverwaltungsgericht noch auf Art. 2 FZA (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) ein: Ein Verstoß gegen diese Bestimmung komme zwar aufgrund des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung (Abstellen auf den Erwerbsort des Diploms) in Frage; jedoch sei eine Rechtfertigung aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zu bejahen, da nur solche ausländischen Arztdiplome anerkannt werden (sollen), die nach Verhandlungen mit dem jeweiligen Ausbildungsstaat als gleichwertig mit eidgenössischen Diplomen qualifiziert werden.¹⁶¹ Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht auf die Frage eingeht, ob die (bejahte) Verhältnismässigkeit der Nicht-

aber im Wesentlichen auf Verordnungen bezieht, die entsprechende Argumentation aber auch auf Richtlinien übertragbar ist).

¹⁵⁷ BV, B-6825/2009, Urt. v. 15.2.2010.

¹⁵⁸ BV, B-6825/2009, Urt. v. 15.2.2010, Erw. 2.7.

¹⁵⁹ RL 2005/36 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen, ABl. 2005 L 255, 22.

¹⁶⁰ Vgl. schon *Astrid Epiney/Nina Gammenthaler*, Marktzugang in der EU und in der Schweiz: Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz, 2008, 1 (41 f.). Ausführlich nunmehr zur Frage der Übernahme der RL 2005/36 in Anhang III des FZA *Gammenthaler*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010 (Fn. 154).

¹⁶¹ BV, B-6825/2009, Urt. v. 15.2.2010, Erw. 3.4, 3.5.

anerkennung nicht deshalb in Frage gestellt werden könnte, weil das rumänische Arzt Diplom aufgrund der einschlägigen Sekundärrechtsregelung in der EU als mit Arzt diplom aus EU-Mitgliedstaaten gleichwertig angesehen wird, die ihrerseits als gleichwertig mit schweizerischen Diplomen anzuerkennen sind. Angesichts des Umstands, dass im Rahmen einer Modifikation des Anhangs III FZA von Vornherein nur eine Übernahme der bereits existierenden Unionsregelungen in Betracht kommt, hätte sich eine Erörterung dieser Problematik durchaus aufgedrängt, wenn sie auch nicht notwendigerweise zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, wäre es doch allenfalls vertretbar, vom Fehlen einer Gleichwertigkeit aufgrund fehlender Abklärungen auszugehen, dann eine solche Gleichwertigkeit aber – auch aufgrund des „Umfelds“ des FZA und der entsprechenden Verhandlungen mit der EU – zu bejahen.

7. Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 2 FZA)

Nach dem Ansatz des Bundesgerichts in einem Entscheid vom 11. August 2008¹⁶² ist das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA) nicht verletzt bzw. erst gar nicht einschlägig, wenn eine österreichische Alterspension (die in casu einem in der Schweiz wohnhaften Österreicher gewährt wurde) pfändbar sei, während die Pfändbarkeit der Leistungen der Schweizer Alters- und Hinterbliebenenrente unpfändbar sind. Denn ein Schweizer, der während Jahren im Ausland gearbeitet habe, anschliessend in die Schweiz zurückkehre und dessen ausländische Alterspension hier gepfändet werde, sei ebenfalls von dieser Regelung betroffen, so dass schon der Tatbestand der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht vorliege.¹⁶³

Damit verkennt das Gericht die Tragweite des Diskriminierungsverbots des Art. 2 FZA: Denn mit der erwähnten Begründung kann lediglich das Vorliegen einer direkten bzw. formellen Diskriminierung abgelehnt werden. Das Bundesgericht prüfte jedoch nicht das Vorliegen einer materiellen Diskriminierung (die nach einhelliger Ansicht, auch ansonsten des Bundesgerichts, ebenfalls von Art. 2 FZA erfasst ist)¹⁶⁴, obwohl diese im konkreten Fall auf der Grundlage der gefestigten und ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs klar zu bejahen gewesen wäre, zieht eine betreibungsrechtliche Bevorzugung der AHV doch die Gefahr nach sich, dass in erster Linie Inländer bevorzugt werden. Insoweit ist dieses Unterscheidungskriterium mit demjenigen nach dem Wohnsitz – das nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine

¹⁶² BGE 134 III 608.

¹⁶³ BGE 134 III 608, Erw. 2.6.5.

¹⁶⁴ Vgl. m.w.N. *Astrid Epiney*, Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsabgehörigkeit, SJZ 2009, 25 (29 f.).

materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit begründet¹⁶⁵ – in jeder Beziehung vergleichbar. Insofern hätte das Gericht also die Einschlägigkeit des Art. 2 FZA bejahen und die Rechtfertigung prüfen müssen, so dass die Frage entscheidend gewesen wäre, ob objektive, von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer unabhängige Erwägungen eine Unterscheidung rechtfertigen und im angemessenen Verhältnis zum Zweck stehen, den die nationale Rechtsvorschrift verfolgt.¹⁶⁶ Diese Frage wäre aber wohl zu verneinen gewesen, ist doch für die erwähnte betriebsrechtliche Differenzierung zwischen schweizerischen und ausländischen Altersrenten kein objektiver Grund ersichtlich. Damit hätte das Gericht die Zulässigkeit der Betreibung wegen eines Verstosses gegen Art. 2 FZA – der aufgrund des grundsätzlichen Vorrangs des Völkerrechts auch im Falle entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen anzuwenden ist – verneinen müssen.

Am 26. Januar 2010¹⁶⁷ setzte sich das Bundesgericht hingegen ausführlicher mit einer indirekten Diskriminierung durch das Schweizer Quellensteuerverfahren auseinander. In dem Genfer Fall entschied das Bundesgericht, die Verweigerung des Abzugs gewisser Kosten eines Quellensteuerpflichtigen verstosse gegen die Bestimmungen von Art. 2 FZA bzw. Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA.¹⁶⁸ Das Gericht qualifizierte das Quellensteuerverfahren in dem streitigen Fall als durch Art. 2 FZA verbotene indirekte Diskriminierung, da der Beschwerdeführer nicht wegen einer ausländischen Staatsangehörigkeit diskriminiert werde, sich jedoch in einer vergleichbaren wirtschaftlichen Situation wie ein unbeschränkt steuerpflichtiger Schweizer befinde und aufgrund des fehlenden Wohnsitzes ungerechtfertigt benachteiligt werde.¹⁶⁹ In seiner Begründung verwies es dabei direkt auf die einschlägigen EuGH-Urteile¹⁷⁰, wonach natürliche Personen, welche den Hauptteil ihres Einkommens am Arbeitsort erzielen, wie im Inland ansässige Steuerpflichtige behandelt werden müssen.¹⁷¹

¹⁶⁵ Vgl. aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637.

¹⁶⁶ Vgl. etwa auch die Rechtfertigungsprüfung in BGE 131 V 209, Erw. 6.2; BGE 130 I 26, Erw. 3.2.3.

¹⁶⁷ BG, 2C_319/2009 und 2C_321/2009, Urt. v. 26.1.2010 (zur Publikation vorgesehen).

¹⁶⁸ BG, 2C_319/2009 und 2C_321/2009, Urt. v. 26.1.2010, Erw. 16.2.

¹⁶⁹ BG, 2C_319/2009 und 2C_321/2009, Urt. v. 26.1.2010, Erw. 15.2.

¹⁷⁰ BG, 2C_319/2009 und 2C_321/2009, Urt. v. 26.1.2010, Erw. 11.3 mit Verweis auf EuGH, Rs. C-175/88 (Biehl), Slg. 1990, I-1779, Rn. 14; EuGH, Rs. C-279/93 (Schumacker), Slg. 1995, I-225, Rn. 28; EuGH, Rs. C-80/94 (Wielockx), Slg. 1995, I-2493, Rn. 2, 12; EuGH, Rs. C-107/94 (Asscher), Slg. 1996, I-3089, Rn. 33; EuGH, Rs. C-391/97 (Gschwind), Slg. 1999, I-5451, Rn. 9, 12; EuGH, Rs. C-87/99 (Zurstrassen), Slg. 2000, I-3337 Rn. 8.

¹⁷¹ BG, 2C_319/2009 und 2C_321/2009, Urt. v. 26.1.2010, Erw. 13.5.

Das Bundesgericht änderte damit seine bisherige Praxis¹⁷² und qualifizierte die Quellenbesteuerung von quellensteuerpflichtigen natürlichen Personen ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz, welche jedoch den überwiegenden Anteil ihrer Gesamteinkünfte in der Schweiz erzielen, als diskriminierend. Durch den direkten Bezug zur EuGH-Rechtsprechung setzt es konsequent das Ziel nach Art. 16 Abs. 1 FZA, die Schaffung einer parallelen Rechtslage, um.¹⁷³ Es bleibt abzuwarten, ob der Bundesgerichtsentscheid in einigen Schweizer Kantonen zu erheblichen Steuerausfällen führen wird.¹⁷⁴ Jedenfalls dürfte das Urteil implizieren, dass auch die Quellenbesteuerung bzw. die Unmöglichkeit, im Rahmen des Quellenbesteuerungsverfahrens gewisse Abzüge geltend zu machen, die ansonsten möglich sind, für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz, aber ohne Niederlassungsbewilligung, gegen das Abkommen verstösst. Bemerkenswert ist weiter, dass das Bundesgericht ausdrücklich festhält, dass Art. 2 FZA Art. 18 AEUV entspricht, so dass die einschlägige Rechtsprechung des EuGH heranzuziehen sei.¹⁷⁵

In zwei weiteren Entscheiden vom 5. März 2010¹⁷⁶ kam das Bundesgericht in überzeugender Weise zum Schluss, dass eine arbeitsrechtliche Bestimmung nach den Landesmantelverträgen, die vorsieht, dass eine bestimmte Lohnklasse neben einem anerkannten Fachausweis mindestens eine dreijährige Tätigkeit auf einer Schweizer Baustelle voraussetzt, als versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung zu bewerten sei. Nach allgemeiner Lebenserfahrung sei davon auszugehen, dass sich die Mehrzahl der Personen in dem Land ausbilden lasse, in dem sie aufwachsen und somit wirke sich die Regelung in grosser Mehrzahl zu Lasten der nicht in der Schweiz aufgewachsenen Ausländer aus. Diese Ungleichbehandlung sei nicht durch objektive Umstände gerechtfertigt.¹⁷⁷

In einem Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden am 29. Juni 2009¹⁷⁸ stand zur Debatte, ob eine erhöhte Gebühr für den Umtausch eines ausländischen Fahrausweises im Vergleich zu den beim Umtausch eines inländischen (aus einem anderen Kanton stammenden) Fahrausweises rechtmässig ist. Das Gericht erörterte diese Frage

¹⁷² U.a. BG, 2A.23/2007, Urt. v. 19.2.2008.

¹⁷³ Vgl. auch die Urteilscommentierung bei *Adriano Marantelli*, Das Bundesgericht schlägt eine erste Bresche in die Quellenbesteuerung, Jusletter v. 12.4.2010; *Roland Raths/Erich Bosshard*, STR 2010, 426 ff.

¹⁷⁴ NZZ, Artikel v. 9.4.2010: „Die Geltendmachung der zusätzlichen Abzüge wird nämlich mit Sicherheit zu Steuerausfällen im zwei- oder gar dreistelligen Millionenbereich führen. Allein im Kanton Genf sind rund 85 000 Grenzgänger betroffen.“

¹⁷⁵ Vgl. BG, 2C_319/2009 und 2C_321/2009, Urt. v. 26.1.2010, Erw. 12: „Le principe de non-discrimination de l’art. 2 ALCP correspondant à l’art. 12 TCE (...), il convient de tenir compte de la jurisprudence pertinente de la Cour des justice (...). »

¹⁷⁶ BG, 4A_593/2009 und 4A_595/2009, Urt. v. 5.3.2010.

¹⁷⁷ BG, 4A_593/2009, Urt. v. 5.3.2010.

¹⁷⁸ VG des Kantons Graubünden, A 09 23, Urt. v. 29.6.2009.

anhand von Art. 8 BV und bejahte die Rechtfertigung der in Frage stehenden Differenzierung: Beim Austausch eines ausländischen Fahrausweises sei eine erhöhte Gebühr gerechtfertigt, da neben der bei schweizerischen Fahrausweisen entstehenden reinen Ausstellungsgebühr noch Kosten der Überprüfung hinzukämen. Dieser Kostenbetrag sei angemessen. Die in den Kantonen erheblich differierenden Kosten seien pauschalisiert, was durch das Kostendeckungsprinzip, welches besage, dass der Gesamtbetrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht überschreiten dürfe, nicht ausgeschlossen sei. Die erhobenen Kosten seien zwar im vorliegenden Fall an der oberen, aber noch zulässigen Grenze. Der erforderliche Mehraufwand lasse sich gerade noch rechtfertigen.¹⁷⁹ Es ist bemerkenswert, dass das Verwaltungsgericht nicht auch Art. 2 FZA heranzieht: Diese Bestimmung wäre jedenfalls aufgrund des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung einschlägig, so dass sich die Frage aufdrängt, ob auf der Rechtfertigungsebene im Falle der Heranziehung des Art. 2 FZA zusätzliche Erwägungen ins Feld geführt werden könnten. Dies ist im Ergebnis zu bejahen, spielt doch beim Freizügigkeitsabkommen die Zielsetzung des Abkommens eine gewisse Rolle, so dass diesem Anliegen zumindest bei der Prüfung der Angemessenheit, aber wohl auch der Erforderlichkeit stärker hätte Rechnung getragen werden müssen als im Rahmen des Art. 8 BV. Möglicherweise hätte sich vor diesem Hintergrund der Schluss aufgedrängt, dass die Differenz von 130,- CHF (während bei einem ausländischen Fahrausweis 200,- CHF für den Umtausch zu entrichten sind, sind es bei einem schweizerischen lediglich 70,- CHF) zumindest nicht in jedem Fall (kann doch der Aufwand für eine Überprüfung des ausländischen Fahrausweises durchaus von Staat zu Staat verschieden sein) gerechtfertigt ist.

III. Schluss

Insgesamt vermochte auch dieser Überblick¹⁸⁰ über die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie die Erwähnung ausgewählter Urteile sonstiger schweizerischer Gerichte aufzeigen, dass das zentrale Problem bei der Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens darin liegt zu entscheiden, ob und inwieweit eine bestimmte Rechtsfrage parallel zur Rechtslage im Unionsrecht zu beurteilen ist oder nicht.

Dabei ist eine beachtliche Entwicklung insbesondere der Rechtsprechung des Bundesgerichts festzustellen: Dieses hat nunmehr den Grundsatz formuliert, dass auch die neuere Rechtsprechung des EuGH im Falle des Rückgriffs des Abkommens auf unionsrechtliche Begriffe für die Auslegung der entsprechenden Begriffe im Abkommen heranzuziehen ist, es sei denn, „triftige Gründe“ sprächen dagegen.¹⁸¹ Das lässt darauf schliessen, dass die

¹⁷⁹ VG des Kantons Graubünden, A 09 23, Urt. v. 29.6.2009, Erw. 5 b.

¹⁸⁰ Vgl. auch schon die Bemerkungen bei *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008 (Fn. 9), 227 (247 f.).

¹⁸¹ S.o. II.3.a).

Übernahme unionsrechtlicher Konzepte der Regelfall und die Abweichung die Ausnahme sein soll. Es bleibt zu hoffen, dass das Gericht diesen Grundsatz, für den überzeugende Gründe angeführt werden können,¹⁸² in Zukunft konsequent anwendet, womit auch eine gewisse Präzisierung der nach wie vor etwas unbestimmten Voraussetzungen für eine mögliche Abweichung einhergehen dürfte. Der Rechtssicherheit kann dies nur zuträglich sein.

Noch offen ist die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH und ihr möglicher Einfluss auf die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts: Sollte sich die Tendenz des EuGH, die Unterschiede zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und den einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen zu betonen,¹⁸³ dies mit der Folge einer möglicherweise unterschiedlichen Auslegung, bestätigen, ist nur schwer absehbar, ob das Bundesgericht seine nunmehr recht starke Anlehnung auch an die neue Rechtsprechung des EuGH aufrechterhalten wird.

Nach wie vor ist aber festzuhalten, dass auch diese zu begrüßende Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts nichts an dem auf der Konstruktion des Abkommens beruhenden Grundproblem seiner Auslegung zu ändern vermag: Immer wieder wird nämlich fraglich sein, ob in Bezug auf die zu entscheidende Frage im Abkommen tatsächlich (in vollem Umfang) unionsrechtliche Konzepte übernommen wurden und – damit in engem Zusammenhang stehend – welche Rechtsprechung des EuGH nun für den entscheidenden Fall tatsächlich als einschlägig anzusehen ist. Auch für diese Problematik finden sich im vorliegenden Beitrag einige Beispiele, und nicht immer vermögen die diesbezüglichen Ansätze der Rechtsprechung überzeugen. Jedenfalls bleiben auf diese Weise – letztlich bedingt durch den Charakter des Abkommens als völkerrechtlicher Vertrag – beachtliche Rechtsunsicherheiten bestehen, die für den rechtsuchenden Einzelnen durchaus ins Gewicht fallen dürften.

¹⁸² Vgl. im einzelnen m.w.N. *Epiney/Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen (Fn. 12), 8 ff.

¹⁸³ Vgl. die Nachweise in Fn. 7.